

DIE HAFTUNG DER PERSÖNLICH HAFTENDEN GESELLSCHAFTER
VON OHG UND KG BEI
SANIERUNGS- UND LIQUIDATIONSVERGLEICHEN
ÜBER DAS GESELLSCHAFTSVERMÖGEN

Dissertation,

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

VON

FRIEDRICH JACOB



MAINZ 1962

I. Berichterstatter: Professor Dr. Isele

II. Berichterstatter: Professor Dr. Bartholomeyczik

Tag der mündl. Prüfung: 27.2.1961



GESAMTHERSTELLUNG:

DITERS BÜRODIENST, MAINZ, Augustinerstraße 64-66

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
I. Sinn und Ausgangspunkt dieser Arbeit:	1
A. "Sanierungsvergleich" und "Liquidationsvergleich"	1
B. Motiv und Grenze des Themas	1
II. Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter	3
A. Konstruktion und Anwendungsbereich des § 109 Nr.3 VglO	3
B. Kurzer Abriß der Gesellschafterhaftung gemäß § 109 Nr.3 VglO	11
III. Ergebnis der bisherigen Untersuchung	15
IV. Sanierung	16
A. Der Vergleich als Mittel der Sanierung	16
B. Definition und Anwendung des Sanierungsbegriffes	17
V. Die VglO als Sanierungsgesetz: Personen und Voraussetzungen des Verfahrens	22
A. Der Vergleichsschuldner und seine Bedeutung	22
1. Bestimmung des Vergleichsschuldners	22
2. Voraussetzungen des Verfahrens in der Person des Vergleichsschuldners	27
B. Die Vergleichsgläubiger	33
1. Zusammensetzung der Gläubiger	33
2. Verwalter und Gläubigerbeirat	35
3. Berufsvertretung des Schuldners	36
4. Das Gericht	37
C. Sicherung des Vergleichsverfahrens	37
1. Stellung des Schuldners	37
2. Schutz gegen Vergleichsstörungen	38
3. Prozeß während des Vergleichsverfahrens	38
VI. Die VglO als Sanierungsgesetz: Der Vergleichsvorschlag	39
A. Gesichtspunkte für die Gliederung der Vergleichsformen ..	40
B. Gliederung nach dem Schicksal der betroffenen Forderungen	40
1. Eigenbestimmte Vergleiche	40
2. Fremdbestimmte Vergleiche	42
3. Liquidationsvergleich	44

4. Beteiligungsvergleich	56
5. Stufen- und Eventualvergleich	58
C. Erfordernisse des Vergleichsvorschlags	60
1. Bestimmtheit	60
2. Gleichbehandlung der Gläubiger	60
3. Mindestquote	61
VII. Die VglO als Sanierungsgesetz: § 18 Nr.3 und Nr.4	62
A. Die Anwendung von § 18 Nr.3,4 VglO	62
B. Verhältnis von § 18 Nr.4 und § 79 Nr.4 VglO	64
C. Verhältnis von § 18 Nr.4 und § 7 IV VglO	65
VIII. Die VglO als Sanierungsgesetz: Standort des Liquidations- vergleichs	67
IX. Der Liquidationsvergleich und die Auslegung des § 109 Nr.3 VglO nach geltendem Recht	68
A. Nochmals: Der Sanierungsbegriff	69
B. Verhältnis des § 109 Nr.3 zu § 7 IV VglO	69
C. Fragen richterlicher Gesetzeskorrektur bei § 109 Nr.3 VglO .	71
X. Liquidationsvergleich und legislatorische Änderung des § 109 Nr.3 VglO	74
A. Umfang einer solchen Änderung	74
B. Bedenken gegen ein Eingreifen des Gesetzgebers	76
C. Schlußbetrachtung	78

LITERATURVERZEICHNIS

I. KOMMENTARE UND LEHRBÜCHER

1. Vergleichsrecht

A. Vergleichsordnung von 1935.

Erich Bley, Kommentar zur VglO, 2. Auflage 1955 (Bley)

Böhle-Stamschräder, Kommentar zur VglO, 3. Auflage 1955 (Böhle-Stamschräder)

Werner Vogels, Artur Nölte, Kommentar zur VglO, 2. Auflage 1950 (Vogels-Nölte)

B. Vergleichsordnung von 1927.

Wilhelm Kiesow, Kommentar zur VglO, 4. Auflage 1932 (Kiesow)

Hermann Lucas, Kommentar mit der amtlichen Begründung zur VglO, 1927 (Lucas)

Leopold Samolewitz, Kommentar und Formulare zur VglO, 2. Auflage 1929 (Samolewitz)

2. Konkursrecht

A. Konkursordnung von 1898.

Ernst Jaeger, Kommentar zur KO, 6. und 7. Auflage 1936 (Jaeger)

Ernst Jaeger, Kommentar zur KO, 8. Auflage 1958, 1. Band, bearbeitet von Friedrich Lent (Jaeger-Lent)

Franz Mentzel, Kommentar zur KO, 6. Auflage 1955 von Georg Kuhn (Mentzel-Kuhn)

B. Konkursordnung von 1877.

Julius Petersen und Georg Kleinfeller, Kommentar zur KO, 2. Auflage 1890 (Petersen-Kleinfeller)

3. Zivilprozeßrecht

Friedrich Stein, Martin Jonas, Kommentar zur ZPO, 18. Auflage 1953, bearbeitet von Adolf Schönke, fortgeführt von Rudolf Pohle (Stein-Jonas)

Leo Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 8. verbesserte Auflage 1960 (Rosenberg)

Adolf Schönke, Fritz Baur, Zwangsvollstreckungsrecht, Konkurs- und Vergleichsrecht, 6. Auflage 1956 (Baur)

Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Kommentar zur ZPO, 23. Auflage 1958 (Baumbach-Lauterbach)

4. Handelsrecht

Adolf Baumbach, Konrad Duden, Kommentar zum HGB, 13. Auflage 1959 (Baumbach-Duden)

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB, II. Band, 2. Hälfte, erläutert von Julius Flechtheim, 3. Auflage 1932 (Flechtheim)

Julius von Gierke, Handels- und Schiffahrtsrecht, 6. Auflage 1949 (Gierke)
Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Auflage 1950, 2. Band, bearbeitet von Otto Weipert (Weipert)

C. Ritter, Kommentar zum HGB, 2. Auflage 1932 (Ritter)

Franz Schlegelberger, Kommentar zum HGB, 2. Auflage 1955, 2. Band, erläutert von Ernst Geßler (Schlegelberger-Geßler)

Staub's Kommentar zum HGB, 12. und 13. Auflage 1926, 1. Band, bearbeitet von Heinrich Koenige, Albert Pinner, Felix Bondi (hier: Staub-Pinner)

Karl Wieland, Handelsrecht, in: Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Friedrich Oetker, Dritte Abteilung, I. Teil, 1. Band, 1921 (Wieland)

5. Bürgerliches Recht

Ludwig Enneccerus, Hans Carl Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 14. Auflage 1952, 1. Halbband (Enneccerus-Nipperdey)

6. Vertragshilferecht

Saage, Kommentar zum Gesetz über die richterliche Vertragshilfe vom 26. März 1952, 1952 (Saage)

7. Strafrecht

Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, ein Lehrbuch, 1. Auflage 1953 (Maurach)

8. Steuerrecht

- Walter Blümich, Kommentar zum EStG, 7. Auflage 1955, von Ludwig Falk (Blümich-Falk)
Hartmann-Böttcher, Großkommentar zur Einkommensteuer, 1958,
Band I, bearbeitet von Edgar Höfer (Hartmann-Böttcher-Höfer)
Eberhard Littmann, Kommentar zum EStG, 5. Auflage 1956 (Littmann)

- II. Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, IV.
Band: KO vom 1.2.1877, Berlin 1881 (Hahn)

III. MONOGRAPHIEN

- Josef Bauer, Die erfolgreiche Sanierung notleidender Aktiengesellschaften, 1. Auflage (Bauer)
Liesel Beckmann, Die betriebswirtschaftliche Finanzierung, 2. Auflage 1956 (Beckmann)
Percy F. Bernicken, Der Präventivakkord, Dissertation Würzburg 1910 (Bernicken)
Ernst Boesebeck, Betrachtungen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften, Frankfurter Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 1937 (Boesebeck)
W. le Coutre (Walter Mannheimer), Die Sanierung, Berlin 1924 (le Coutre)
C. Eisfeld, Sanierung, in: Handwörterbuch der Betriebswissenschaften, herausgegeben von Nicklisch, 1924, Sp.1034 (Eisfeld)
Hugo Emmerich, Die Sanierung, I. Teil, 1930 (Emmerich)
Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1956 (Engisch)
R. Fischer, Das Sanierungsproblem, Ein Beitrag zu den Grundbegriffen des Aktienrechts, 1. Auflage 1912 (Fischer)
Freyher, Das Vergleichsverfahren über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft und der persönlich haftenden Gesellschafter, Dissertation Greifswald 1932 (Freyher)
Alfred Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Auflage 1951 (Hueck)
Ernst Jaeger, Der Konkurs der OHG, 1897 (Jaeger, Konkurs der OHG)
Karl Künne, Außergerichtliche Vergleichsordnung, 6. Auflage 1955 (Künne)
Erich Machek, Das gerichtliche Ausgleichsverfahren, Wien 1948 (Machek)

B. Manasse, Alfred, Levi, Die Vergleichstechnik bei Zahlungsschwierigkeiten, 1930 (Manasse-Levi)

E. Schmalenbach, Finanzierungen von Aktiengesellschaften, 4. Auflage 1928 (Schmalenbach)

IV. ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNGEN

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ), Bände: 2, 5, 6, 13

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)
Band 1

Entscheidungen des Reichsfinanzhofs (RFHE)
Jahrgang 1929

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG)
Bände: 14, 42

Höchststrichterliche Rechtsprechung (HRR)
Jahrgang 1931, 1933, 1936

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt)
Bände: 46, 68, 69

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)
Bände: 23, 29, 39, 40, 42, 51, 56, 63, 70, 71, 72, 77, 78,
79, 92, 106, 110, 117, 119, 122, 125, 127, 139, 142, 143,
145, 146, 148, 150, 153, 154, 165

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (SeuffA)
Bände: 82, 88

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts von Otto Warneyer (RG Warn)
Jahrgang 1911, 1933

V. AUFSÄTZE

- Max Barella, Der Kommanditist als Geschäftsführer, Betrieb 51, 149
Hellmuth Bauer, Der unbefristete Liquidationsvergleich und seine Folgen, Betrieb 58, 237
Fritz Baur, Zur gegenwärtigen Lage des Insolvenzrechts, JZ 51, 209
Leopold Berg, Ein österreichisches Urteil über die deutsche Vergleichsordnung, KuT 27, 187
A. M. Berges, Die Vergleichsordnung in der Erprobung und Bewährung, KTS 55, 2 ff
A. M. Berges, Große oder kleine Insolvenzrechtsreform?, KTS 55, 49
Erich Bley, Die neue Vergleichsordnung, DJZ 35, 391
Boesler, Mindestquote und Stundung der Vergleichsraten, KuT 31, 18
Heinrich Bohnenberg, Kann ein Absonderungsberechtigter in das Treugut vollstrecken?, KuT 38, 15
Borchmeyer, Die Haftung des Kommanditisten im gerichtlichen Vergleichsverfahren, KuT 41, 83
Burhenne, Prüfung der Kreditwürdigkeit des Schuldners im Vergleichsverfahren auf seine Kosten?, NJW 58, 173
Hugo Cahn, Der Auftakt des Vergleichsverfahrens, JW 28, 1118
Hugo Cahn, Bedenkliches über die Besserungsklausel, KuT 31, 1
Walter Dunz, Das Schweigen des Gesetzgebers und die Rechtsfindung, NJW 58, 6
H. Eckert, Die Erhaltung des Unternehmens in der Vergleichsordnung, KuT 37, 49
Hansalbert Frank, Die Haftung des Gesellschafters einer Personengesellschaft während des Konkurses oder Vergleichsverfahrens seiner Gesellschaft, KTS 56, 85
H. Hodemacher, Ursachen der Insolvenz, ihre Vermeidung und Heilung durch den Vergleich, KTS 56, 80
Ernst Jaeger, Die Vergleichsordnung, eine Betrachtung zum 1. Oktober 1927, DJZ 27, 1314
Ernst Jaeger, Treuhandvergleich und Konkurs, KuT 27, 161
Klien, Treuhand-Liquidations-Zwangsvergleich, KuT 29, 99
Klien, Die persönliche Haftung der Gesellschafter im Gesellschaftsvergleich, JW 30, 1357
Knorr, Zum Aussagewert der Vergleichsbilanz, KTS 55, 12
Kottke, Die Konkursbilanz, Betrieb 52, 437
Wilhelm Kiesow, Rechtsgeschäfte im gerichtlichen Vorverfahren nach der VglO vom 26. Februar 1935, KuT 35, 113

- Levy, Firmenfortführung und Liquidationsvergleich, KuT 32, 141
- Levy, Die neue deutsche Vergleichsordnung, KuT 35, 41
- Bernhard Mayer, Der außergerichtliche Ausgleich (Akkord), KuT 30, 153
- Hans Merkel, Das neue Vertragshilferecht, JZ 52, 294
- Jürgen Mohrbutter, Rechtsfragen zum Anschlußkonkurs, KTS 55, 114
- Mühl, Der außergerichtliche Liquidationsvergleich, NJW 56, 401
- Neeße, Bedenkliche Auswirkungen der Vergleiche, KuT 30, 105
- Neter, Nochmals zur Vergleichsordnung, DJZ 27, 1455
- A. Paulsen, Die Erhaltung des Unternehmens in der Vergleichsordnung, KuT 36, 84
- Pick, Zum Interventionsrecht des Treuhänders, KuT 27, 65
- Püschmann, Aktien als Vergleichsquote, KuT 31, 113
- Reinhard Schmitz-Beuting, Wechselwirkungen zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterinsolvenzverfahren, KTS 57, 35
- Schumann, Zweifelsfragen im Vergleichsrecht, KuT 30, 191
- Schumann, Ist im gerichtlichen Vergleichsverfahren eine Verbindung eines Erlaßvergleichs mit einem Liquidationsvergleich zulässig?, KuT 32, 120
- Schumann, Handelt es sich bei dem Treuhandliquidationsvergleich einer offenen Handelsgesellschaft stets um eine Liquidation i. S. von §§ 145 ff HGB?, KuT 38, 34
- Schumann, Darf der Vergleichsschuldner seinen Gläubigern gleichzeitig mehrere Vergleichsvorschläge zur Abstimmung unterbreiten?, KuT 41, 51
- Spengler, Die Auffanggesellschaft, KTS 55, 25
- Spreng, Grenzen des alten Vertragshilferechts, SJZ 50, 30
- A.F. Strotzki, Die Koppelung von Quotenvergleich und Liquidationsvergleich, KTS 58, 39
- Ernst Tidow, Zur Erneuerung der Vorschriften über den Zwangsvergleich, KTS 56, 100
- Peter Trude, Der Stufenvergleich, KTS 55, 17
- Horst Tschernitschek, Prüfung der Kreditwürdigkeit des Schuldners im Vergleichsverfahren auf seine Kosten?, NJW 57, 1749
- Ule, Kann ein Vergleichsvorschlag, der wegen Verstoßes gegen § 174 KO unzulässig ist, im Vergleichstermin zu Gunsten der Gläubiger geändert werden?, KuT 37, 35
- Rudolf Wassermann, Der Präventivakkord in der Gesetzgebung des In- und Auslandes, KuT 29, 35

Herwarth Westerfelhaus, Aufgabe und Bedeutung der Liquidationsbilanzen, Betrieb 52, 741
Wöbelauer, Vertragshilfe, NJW 49, 804

VI. ZEITSCHRIFTEN

Der Betrieb (Betrieb),	Jahrgang	1951, 1952, 1954, 1958
Der Betriebsberater (BB),	"	1955
Deutsche Justiz (DJ),	"	1936, 1937
Deutsche Juristenzeitung (DJZ),	"	1927, 1935
Juristische Rundschau (JR),	"	1926
Juristische Wochenschrift (JW),	"	1916, 1928, 1929, 1930, 1931, 1935, 1936, 1938
Juristenzeitung (JZ),	"	1950-1954
Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (KTS),	"	1955-1958
Konkurs- und Treuhandwesen, Monatsschrift für Wirtschaft und Recht (KuT),	"	1927-1932, 1935-1939, 1941
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ),	"	1907, 1908, 1915, 1928
Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR),	"	1952, 1953
Neue Juristische Wochenschrift (NJW),	"	1949, 1950, 1955-1958
Reichssteuerblatt (RStBl),	"	1927, 1937, 1938, 1940

Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ),

Jahrgang 1950

Zeitschrift der Akademie für Deutsches
Recht (ZAkadDR),

" 1938

I. SINN UND AUSGANGSPUNKT DIESER ARBEIT

- A. Die im Thema gestellte Frage behandelt § 109 Nr.3 VglO vom 26. Februar 1935 (1). Die Vorschrift geht auf § 89 Nr.4 VglO a.F. vom 5.7.1927, diese wiederum auf § 211 KO und § 200 KO a.F. zurück.

Die im Thema genannten Begriffe "Sanierungsvergleich" und "Liquidationsvergleich" bedeuten folgendes:

Sanierungsvergleich soll hier jeder Vergleich nach der VglO sein, der die in Vermögensverfall geratene OHG oder KG gesund machen soll, will sagen, der ihre Erhaltung bezweckt. Es wird zwar mitunter der sog. Beteiligungsvergleich als Sanierungsvergleich bezeichnet (2); doch gibt der erstgenannte Begriff den durch die Bildung einer Auffanggesellschaft entstehenden Sachverhalt besser wieder. Diese Definition des Sanierungsvergleichs soll gelten ohne Rücksicht darauf, welche Formen der Schuldner wählt, um im Vergleichsverfahren die Erhaltung seines Unternehmens zu erreichen (3), auch ohne Rücksicht darauf, in welcher Weise der Sanierungsbegriff aus den verschiedensten Gründen differenziert wird (4).

Liquidationsvergleich soll der Vergleich nach § 7 IV sein, mit der Maßgabe, daß das gesamte Vermögen des Schuldners nach dem Zweck des Vergleichs liquidiert werden soll.

- B. Anlaß zu dem Thema dieser Arbeit war folgende Überlegung:

Überwiegend sah und sieht man - sinngemäß - als ratio des § 109 Nr.3 einen Satz an, der mit dem der VglO vorangestellten Grundgedanken nahezu identisch ist und hier mit den Worten Kiesow's wiedergegeben wird:

"Die Haftung der in der Gesellschaft verbliebenen, persönlich haftenden Gesellschafter ist nur um deswillen auf den Vergleich beschränkt worden, weil sie nur dann die Gesellschaft fortsetzen können." (5)

(1) §§ ohne Zusatz sind solche der VglO.

(2) Bley, Anm.11 zu § 3 / Samolewitz, Anm.9 zu § 5.

(3) KG KuT 32, 146/147, wo ein Liquidationsvergleich als hinfällig bezeichnet wird, weil die damit bezweckte Sanierung gescheitert sei.

(4) Hierzu vgl. unten IV B (S. 17 ff.).

(5) Kiesow, Anm.14 zu § 89 / Samolewitz, Anm.2 zu § 89 / Flechtheim, Anm.8b zu § 144 HGB / Weipert, Anm.24 zu § 131 HGB / Anm.7 zu § 177 HGB / Freyher, S.90 / RGZ 142, 206.

Die alte VglO hatte den Liquidationsvergleich nicht geregelt. Man hielt ihn aber für zulässig, ja, für "zweckmäßig" und "im Wirtschaftsleben unentbehrlich" (6). Er hatte freilich in der Haftung u. U. abweichende Folgen (7). Trotz seiner gesetzlichen Einführung - oder besser: Sanktion - im Jahre 1935 dachte man aber nicht daran, den § 109 Nr.3 für diesen Fall zu modifizieren, obwohl der oben wiedergegebene Grundgedanke im Falle des Liquidationsvergleichs nicht zutraf. Man ließ sogar den § 89 Nr.1 VglO a.F. fallen, nach welchem eine bereits aufgelöste OHG oder KG der Vorteile eines Vergleichsverfahrens nicht mehr teilhaftig werden durfte. Auch das RG (8) kam dem entgegen und formulierte, "dadurch würde (ohne den § 109 Nr.3) die Weiterführung des Unternehmens durch die bisherigen Leiter, die der Zwangsvergleich in erster Linie anstrebt, vereitelt, oder es würde ihnen - im Falle des Abwicklungsvergleichs - die Gründung einer neuen Existenz unmöglich gemacht" (9).

Ist dies richtig? Soll einer Gesellschaft, die auf diese Weise ihren "Privatkonkurs" (10) hinter sich bringt, soll vor allem ihren verantwortlichen Gesellschaftern das Privileg des § 109 Nr.3 zugute kommen, obwohl, wie Künne (11) es ausdrückt, "der Abschluß eines Liquidationsvergleichs einer Amnestie für alle kaufmännischen Unzulänglichkeiten und Sünden gleichzusetzen" ist?

Dieser Frage ist die vorliegende Arbeit gewidmet. Es soll geprüft werden, ob eine Abänderung des § 109 Nr.3 durch den Richter oder den Gesetzgeber möglich und angemessen ist. Hierzu muß in erster Linie festgestellt werden: wie weit drückt sich der Sanierungszweck des Vergleichs in den einzelnen Vorschriften der VglO aus? Denn nur dann darf man annehmen, die uneingeschränkte Anwendung des § 109 Nr.3 widerspreche seiner ratio oder auch dem Zweck und Sinn der VglO. Diesen formuliert die amtliche Begründung zur VglO (12) so:

(6) DJZ 27, 1317.

(7) Vgl. unten VI B 3.

(8) RGZ 150, 163 ff (170).

(9) Künne, Anm.2 zu § 51 AVglO: "Liq.vergleiche sollten ... nur in Ausnahmefällen gestattet sein, z. B. bei Aufgabe des Geschäfts, ... Auswanderung etc."

(10) Baur, S.282 / Hodemacher, KTS 56, 80.

(11) Anm.1 zu § 51 AVglO.

(12) zitiert bei Vogels-Nölte, Einl.I 3; dort auch die Formulierung: "Aufrechterhaltung des schuldenrischen Unternehmens aus gesamtwirtschaftlichen Rücksichten".

"Die Beobachtung des Wirtschaftslebens hat gezeigt, daß Schuldner, die dessen nach ihrer Person und nach ihrem Vermögensbestande würdig erscheinen, für eine schwierige Lage, in die sie geraten sind, bei ihren Gläubigern regelmäßig Verständnis und Entgegenkommen finden. Kommt es gleichwohl nicht zu einer Einigung, so liegt das gewöhnlich an einzelnen Gläubigern, die aus bösem Willen, aus Eigensinn oder aus volkswirtschaftlicher Einsichtslosigkeit einem angemessenen Ausgleich widerstreben und den Schuldner in den Konkurs treiben. Den vergleichsbereiten Gläubigern ihnen gegenüber ein Übergewicht zu verschaffen, dazu soll ein besonderes gerichtliches Verfahren dienen." (13)

Damit hat die VglO einer der beiden prinzipiellen Lösungen (14) des Vermögensverfalls den Vorzug gegeben, die derjenigen der KO gerade entgegengesetzt ist. Denn Sanierung ist mit Emmerich (15) die "allgemeine Lösung eines wirtschaftlichen Unternehmens aus finanziellen Schwierigkeiten, die seinen Bestand bedrohen, durch Hilfe von außen oder Vergleich mit den Gläubigern oder durch Kapitalherabsetzung", und Liquidation ist lediglich das Fazit aus eben diesen Bedrohungen, indem man die Existenz eines solchen Unternehmens in einem mehr oder weniger geregelten Verfahren beseitigt. Deshalb die oben gestellte Frage, die letztlich dahin geht, ob gegenüber den offenen Teilhabern im Liquidationsfalle eine dem § 164 KO entsprechende Vorschrift das Richtige sei.

II. HAFTUNG DER GESELLSCHAFTER

- A. 1. Ein Vergleich bewirkt (16), gleichviel, welcher Form man sich dabei bedient, entweder eine Stundung oder den Teilerlaß oder - was die Regel ist - eine Kombination beider in bezug auf die Ansprüche der von dem Vergleich betroffenen Gläubiger (17). Die VglO, die von diesen eigentlichen

(13) Kritik an diesen Motiven: Berges, KTS 55,49 ff (51) / Mohrbutter, Rechtsfragen zum Anschlußkonkurs, KTS 55,114.

(14) Böhle-Stamschräder, Einl. VII / Kiesow, Anm.3 zu § 88 / Lucas, zu §§ 88,89.

(15) vergl. S.4.

(16) und zwar als Vertrag (mit bes. Sanktion in Gestalt des Staatsaktes der Bestätigung), so h. M.: RG KuT 30,11 / RGZ 77,404 / 92,187 / 119,391 / RG Warn 1911 Nr.353

(17) es findet aber keine Novation statt: Kiesow, Anm.2 zu § 72 / Samolewitz, Anm.3 zu § 73 / Lucas, II zu § 73 / RGZ 92,187 / 119,396.

Ergebnissen eines Vergleichsverfahrens stillschweigend ausgeht, bestimmt vornehmlich, wen in und welchem Umfang diese Wirkungen treffen. Die maßgebliche Vorschrift neben § 109 Nr.3 ist § 82, insbesondere dessen Absatz II (18), welchem man teilweise (19) entnehmen wollte, seinetwegen habe man die Nr.3 des § 109 erst schaffen müssen.

M.a.W., ob § 109 Nr.3 lediglich - wegen der einschlägigen Normen des HGB - deklaratorischer (20) oder konstitutiver Natur sei, darum geht es.

Die - sogenannten - offenen Gesellschafter einer OHG oder KG haften gemäß den §§ 128, 161 HGB für die Schulden der Gesellschaft (21) den Gläubigern persönlich, d.h. primär und unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen (22). Sie sind im Verhältnis untereinander Gesamtschuldner, nicht aber im Verhältnis zur Gesellschaft (23). Da sie Träger zweier Vermögen sind, des Gesellschaftsvermögens (24) und ihres eigenen, bedeutet dies, daß sie als Inhaber der Gesellschaft die von dieser jeweils zu fordernde Leistung schulden und hierfür mit ihren zwei Vermögen einstehen müssen (25). Diese Identität von Schuldner und Haftendem rechtfertigt die oben wiedergegebene Ansicht, zwischen Teilhaber und Gesellschaft bestehe kein Gesamtschuldverhältnis. Aus dieser Stellung der Gesellschafter folgt aber nicht, jede die Gesellschaft als solche treffende Schuldenerleichterung komme automatisch auch den Gesellschaftern zugute. Der Streit darüber, ob ein mit der Gesellschaft vereinbarter Schuldenerlaß auch ohne weiteres für die Gesellschafter gelte, ist bekannt (26). Es ist aber nicht Sache dieser Arbeit, sich hierzu zu äußern, doch zeigt gerade dieser Fall, daß eine getrennte rechtliche Behandlung von Gesamthands- und Einzelvermögen denkbar und praktikabel ist.

(18) Diese Vorschrift ist gegenüber ihrer Vorläuferin, § 60 I GeschAufsVO verbessert, die, vgl. Kiesow, Anm.1 zu § 73, eine durchaus unerwünschte Unsicherheit hervorbrachte / RG LZ 07, 283 Nr.19 / ähnlich § 53 a.I Österr. AusglO.

(19) z.B. Kiesow, Anm.12 zu § 89.

(20) Bley, Anm.21 zu § 109 / Jaeger, Anm.3 zu § 211 KO; unklar in "Konkurs der OHG", S.72 u.161 / Freyher, S.86-87.

(21) d.h. alle Verbindlichkeiten, die die OHG als solche zu erfüllen verpflichtet ist, Hueck, S.195.

(22) Weipert, Anm.2 zu § 128 HGB.

(23) h. M., vgl. RGJW 28, 2612 / Weipert, Anm.14 zu § 128 HGB.

(24) d.h. Beiträge u. Forderungen auf Beiträge, ferner jeder Erwerb für die Gesellschaft, RGZ 110, 81 / Gierke, S.176 / Wieland, S.555 u. 598.

Diese aus § 128 HGB sich ergebende Stellung der offenen Teilhaber bedeutet, daß sie im Verhältnis zur Gesellschaft keine Mitschuldner i. S. von § 82 II sind:

Mitschuldner sind nach einhelliger Meinung mehrere durch Mithaftung und - wohl auch - durch gegenseitiges Rückgriffsrecht verbundene Schuldner (27). Der § 82 II ist, was die Gesamtschuldverhältnisse anbelangt, eine Folge aus den §§ 423, 425 BGB - denn der Vergleich bewirkt keine Novation der von ihm betroffenen Forderungen (28) -, was Bürgen und Realinterzedenten angeht, eine besondere, von der üblichen Regelung abweichende Vorschrift, vgl. z. B. § 767 I 1 BGB. Im vorliegenden Fall fehlt das Merkmal der "mehreren, durch Mithaftung verbundenen Schuldner". Der Gesellschaftsgläubiger kann zwar von einem Gesellschafter selbst u. U. nur das Interesse oder ein Einwirken auf die Gesellschaft verlangen. Ebenso wenig kann aber die Tatsache hinweggedacht werden, daß es der Gesellschafter ist, der allein die verlangte Leistung schuldet, wenn auch aus zwei verschiedenen Vermögensmassen.

Ist zwar der persönlich haftende Gesellschafter kein Mitschuldner i. S. des § 82 II - so anscheinend Kiesow (29) -, so greift hier doch die oben erwähnte Möglichkeit ein, Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen getrennt zu behandeln. Bley erklärt (30), § 109 Nr. 3 sei ein praktischer Anwendungsfall von § 129 HGB. Das ist nicht richtig. Der wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommene Gesellschafter hat andere als in seiner Person begründete Einwendungen nur soweit, als sie von der Gesellschaft selbst erhoben werden können. Dies sagt zwar etwas darüber, daß ihm nur solche, nicht aber, daß ihm alle diese Einwendungen zu Gebote stehen (31).

- (25) RGZ 139, 252 / BGHZ 5, 37 / RG JW 16, 1409 / Hueck, S. 203 / Weipert, Anm. 2 zu § 128 HGB / Staub-Pinner, Anm. 1 zu § 128 HGB / Flechtheim, Anm. 5 zu § 128 HGB / Schlegelberger-Geßler, Anm. 2 zu § 128 HGB.
- (26) RG JW 28, 2612 / OLG Königsberg, OLG 14, 350 / Flechtheim, Anm. 12 u. 16 zu § 128 HGB u. JW 29, 577 / a. A. Hueck, S. 204 / Weipert, Anm. 19 zu § 128 HGB / Schlegelberger-Geßler, Anm. 21 zu § 128 HGB.
- (27) RGZ 139, 50 / Bley, Anm. 20 zu § 82 / Vogels-Nölte, IV 1 zu § 82 / Jaeger, Anm. 14 zu § 193 KO / Mentzel-Kuhn, Anm. 9 zu § 193 KO.
- (28) RGZ 92, 187 (h. M.).
- (29) Anm. 12 zu § 89.
- (30) Anm. 21b zu § 109.
- (31) Weipert, Anm. 19 zu § 128 HGB / Anm. 5 zu § 129 HGB / Hueck, S. 207-208.

Die OHG und KG sind zwar keine juristischen Personen, sie bilden aber, dank ihrer Konstruktion als Gesamthand, ein weitgehend verselbständigtes Sondervermögen, das durchaus seine eigenen Schicksale haben kann. Man unterwirft es daher, wiewohl es von einer Vielheit von Personen getragen wird, als Kern der wirtschaftlichen Existenz der Gesellschaft einem besonderen Vergleichsverfahren. Fügt man hinzu, daß, obwohl die Vielheit der mit ihrem Privatvermögen für die Schulden der Gesellschaft entstehenden Personen die Ursache des Kredits der Gesellschaft sind, die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft "als solcher" als Vergleichs- und Konkursgrund sich allein nach dem Stand des Gesellschaftsvermögens bemißt (32), so wird völlig klar, daß ein am Gesellschaftsvermögen allein ausgerichtetes Vergleichsverfahren seine oben geschilderten Wirkungen notwendig auch auf dieses beschränkt. Da somit die Stundung oder der Erlaß nicht automatisch auf das Privatvermögen der Gesellschafter wirken, bedurfte es des § 109 Nr.3; er ist konstitutiv - so auch die h. M. (33).

2. Dies ist der Ort, die Anwendbarkeit des § 109 Nr.3 auf den Kommanditisten zu prüfen, der seine Einlage noch nicht oder noch nicht vollständig geleistet hat. Daß diese Frage überhaupt diskutiert werden muß, liegt an der mißverständlichen Fassung des § 109 Nr.3, "begrenzt ... den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter", denn auch der Kommanditist haftet "persönlich", wobei aber das Gesetz sich so ausdrückt, er hafte unmittelbar, § 171 HGB (34). Nun wird aber überwiegend die Anwendbarkeit des § 109 Nr.3 auf Kommanditisten verneint (35). Bley (36), der auf die zu dieser Frage ergangene grundsätzliche Entscheidung in RGZ 150, 163 ff (37) verweist, begründet dies so:

(32) h. M. z. B. Bley, Anm. 6 zu § 109.

(33) RGZ 92, 193 / Kiesow, a. a. O. / Jaeger, Anm. 6 zu § 211 / Mentzel-Kuhn, Anm. 2 zu § 211 KO (etwas unklar).

(34) Weipert, Anm. 20 zu § 171 HGB a. E., der auch bemerkt, das persönliche Entstehen des Kommanditisten solle nur den Gläubigern zur Erleichterung dienen / Ritter, Anm. 2 u. 3 zu § 171 HGB / Wieland, S. 732-733, 746-747 / Gierke, S. 199.

(35) Jaeger, Anm. 4 zu § 211 KO / Mentzel-Kuhn, Anm. 3 zu § 211 KO / Vogels-Nölte, III zu § 109 / Weipert, Anm. 50 zu § 171 HGB / Flechtheim, Anm. 16 zu § 177 HGB / Schlegelberger-Geßler, Anm. 20 zu § 17 HGB / Borchmeyer, KuT 41, 83 / a. A. Kiesow, Anm. 13 zu § 89/Freyher, S. 93-94.

(36) Anm. 22b zu § 109.

(37) = RG KuT 36, 68

Der Sinn der bei Zwangsvergleichen die Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter beschränkenden Vorschriften sei der, daß das Entstehen mit dem der Gesellschaft nicht gewidmeten Vermögen zu begrenzen, mit dem der Gesellschaft gewidmeten Vermögen unberührt zu lassen sei (38).

Dieser Gedanke Bley's ist auf den Komplementar unanwendbar, da er von Gesetzes wegen für die Erfüllung der Gesellschaftsschulden mit seinem gesamten Vermögen haftet. Das von Bley verwendete Bild widerspricht auch der Rechtswirklichkeit. Der Unterschied zwischen dem der Gesellschaft gewidmeten und dem ihr nicht gewidmeten Vermögen ist derselbe wie derjenige zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen. Beides ist aber gemäß § 128 HGB der Gesellschaft gewidmet. Anders der Kommanditist. Dort gibt es die Einlage als das der Gesellschaft gewidmete und das der Gesellschaft grundsätzlich - vgl. § 171 HGB - nicht gewidmete Privatvermögen. Sofern den Komplementar auch eine Einlagepflicht trifft, so ist dies etwas wesentlich anders als bei dem Kommanditisten, wie schon § 171 HGB ergibt; steht die Einlage eines offenen Teilhabers aus, so kann ein Gesellschaftsgläubiger speziell wegen dieser Einlage nur dann direkt gegen ihn vorgehen, wenn er vorher den Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlage gepfändet hat. Hat also der Komplementar sein ganzes Vermögen der Gesellschaft gewidmet, und nicht etwa nur seine Arbeitskraft und die von ihm geschuldete Einlage, so greift der Gedanke von Bley auch deshalb nicht ein, weil er aus einem weiteren Grund dogmatisch unzutreffend ist. Denn der Vergleich begrenzt die Haftung rechnerisch, nicht aber gegenständlich (39).

Abgesehen davon, daß das RG sich an einer Stelle (40) ebenfalls dieses Arguments bedient, ist seine teils geschichtliche, teils textkritische und dogmatische Beweisführung überzeugend. Richtig wird ausgeführt, daß der § 89 Nr.4 a.F. auf den § 211 II KO, dieser auf den § 200 II KO vom 10. Februar 1877 (41) zurückgeht, der lautet:

"Der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein anderes festsetzt, zugleich den Umfang der solidarischen Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter mit ihrem sonstigen Vermögen."

Die Vorschrift des § 161 HGB zeigt, wie auch diejenige des § 171 I HGB, daß das HGB den persönlich haftenden Gesellschafter in Gegensatz bringt zu

(38) ähnlich Borchmeyer, a.a.O.

(39) Bley, Anm.21b zu § 109 / Vogels-Nölte, II 8 zu § 109.

(40) a.a.O., S.168.

(41) RGBl. 1877, No.10, S.351.

dem unmittelbar, rechnerisch beschränkt bis zur Höhe seiner Einlage haftenden Kommanditisten. Hinzu kommt, daß nur Komplementäre solidarisch haften. Der eben zitierte § 200 II KO a.F. ist auf Grund der nach den Reichsjustizgesetzen redigierten Vorschriften des BGB und HGB umgefaßt worden, ohne daß man eine sachliche Änderung anstrebte, vgl. z.B. § 128 HGB (42). Der so umgeänderte § 200 II KO a.F. zeigt ganz klar, worauf es ankommt: Durch den Zwangsvergleich ist das in der Gesellschaft gesamthänderisch gebundene Vermögen nur mehr Gegenstand einer begrenzten Haftung, oder besser, es haftet nur noch für reduzierte Forderungen. Das gleiche gilt auf Grund des § 200 II KO a.F. auch für das sonstige (Privat-) Vermögen. Angesichts dieser Fassung hätten die Mißverständnisse über das "der Gesellschaft gewidmete Vermögen" nicht aufkommen können. Dies, und ein Satz in der Kommentierung von Jaeger (43) zeigt, daß es bei dem Kommanditisten gar nicht um diese Frage geht. Jaeger führt aus:

"So wenig als den offenen Teilhaber befreit der Zwangsvergleich den Kommanditisten von seiner Einlagepflicht. Denn die Anwendung des § 109 Nr.3 auf den Kommanditisten kann niemals den Sinn haben, den Betrag der Einlage herabzusetzen, die er der Gesellschaft schuldet (44). Daß man ihn für die Haftung der offenen Teilhaber aufstellte, hat seinen Grund in deren unbeschränkter und primärer Haftung. Mit Recht führt das RG aus (45), daß das Gesetz außer dem schon oben erwähnten Unterschied in § 161 HGB noch denjenigen zwischen der "unmittelbaren (§ 171 HGB)" und der "persönlichen (§ 128 HGB)" Haftung kenne, wobei es letztere der unbeschränkten Haftung des § 128 HGB gleichsetze. Dies ist, wie Sinn und Zweck des § 128 HGB ergeben, richtig."

Es bleibt also nur die Frage, die auch von der h. M. bejaht wird (46), ob der Kommanditist, nachdem er nun schon bis zur Höhe seiner Einlage den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar haftet, nur jeweils in Höhe der Vergleichsquote oder auch für den Ausfall in Anspruch genommen werden kann.

Freilich geht es nicht an, vorweg zu untersuchen, ob der Kommanditist hier-

(42) RG, a.a.O., S.166.

(43) Anm.4 zu § 211 KO.

(44) Weipert, Anm.50 zu § 171 HGB.

(45) a.a.O., S.166,167.

(46) Jaeger, a.a.O. / Bley, Anm.23 zu § 109 / Wolff, Anm.5 zu § 211 KO / Flechtheim, Anm.16 u.16a zu § 177 HGB / Staub-Pinner, Anhang zu § 177 HGB, Anm.1 / Schlegelberger-Geßler, Anm.39 zu § 171 HGB.

an ein Interesse hat und, falls man dies verneint, ihn unter die Mitschuldner i. S. des § 82 II zu rechnen (47). Insoweit sei an die oben gegebene Definition des Mitschuldners erinnert. Sie greift hier aus zwei Gründen nicht ein: Soweit die Kommanditisten direkt haften, haften sie auch für eigene Schulden, denn sie sind Mitträger der Gesellschaft, wenn ihnen auch nicht viel Rechte eingeräumt sind; die Gesellschaftsschulden sind ihre eigenen, nur haften sie rechnerisch begrenzt (48). Es kommt hinzu, daß der in Anspruch genommene Kommanditist wegen seiner beschränkten Haftung kein Rückgriffsrecht hat, denn er muß notwendig nur bis zur Höhe der von ihm geschuldeten Einlage herhalten (49). Ist der Kommanditist kein Mitschuldner i. S. des § 82 II, kann er somit wegen des Ausfalls im Vergleich von den Gläubigern nicht angegangen werden; so spricht gegen sein angeblich mangelndes Interesse an einer Einhaltung der Quote gegenüber den Gläubigern folgendes: Seine unmittelbare Haftung geht nur so weit und gilt nur so lange, als er seiner Einlagepflicht nicht nachgekommen ist, sei es, daß er an die Gesellschaft direkt leistet, sei es, daß er in dieser Höhe für Gesellschaftsschulden aufkommt (50); denn die Funktion der Einlage i. S. einer Haftsumme ist es, den Kredit und die finanzielle Stellung der Gesellschaft zu stützen. Sofern er seiner Einlagepflicht durch Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers genügt, so gilt dies nur in dem Umfang als Einlage, als er hierdurch eine bestehende Gesellschaftsschuld bereinigt (51). Mit anderen Worten, zahlt er darüber hinaus, so hat dies nichts mit der Einlage zu tun und befreit ihn auch nicht in dieser Höhe. Der Kommanditist, der so einem Gesellschaftsgläubiger den Ausfall begleicht - wenn auch nur bis zur Höhe der rückständigen Einlage -, kann folgerichtig von anderen Gesellschaftsgläubigern für die Quote oder von der Gesellschaft selbst wegen des Einlagerückstandes in Anspruch genommen werden (52).

(47) RGZ 150, 163 ff (171) / Kiesow, Anm. 13 zu § 89.

(48) Baumbach-Duden, Anm. 2 A, B zu § 171 HGB.

(49) d. h. der Haftsumme, Weipert, Anm. 16 zu § 161 HGB, Anm. 12, 13 zu § 171 HGB / RGZ 51, 38 / 63, 260.

(50) Baumbach-Duden, Anm. 2 B-D zu § 171 HGB.

(51) nicht aber nur eine Naturalobligation, als welche sich der über die Quote hinausgehende Betrag einer Vergleichsforderung darstellt, vgl. Kiesow, Anm. 12 zu § 73 / Samolewitz, Anm. 2 zu § 73 / Lucas, Anm. IV zu § 73 / Vogels-Nölte, III 3 zu § 82 / Jaeger, Anm. 5 zu § 193 KO / Freyher, S. 91 / Emmerich, S. 54 / RGZ 42, 119 / 71, 364 / 78, 77 / RG KuT

(52) Jaeger, Anm. 4 zu § 211.

Ergebnis:

§ 109 Nr.3 gilt nur für Komplementare. An der Einlagepflicht des Kommanditisten ändert die Vorschrift nichts. Etwas anderes ist es, daß nach einem bestätigten Vergleich die Gläubiger nur wegen der Quote sich der unmittelbaren Haftung des Kommanditisten bedienen dürfen.

3. Ganz einhellig wird verneint (53), daß ein ausgeschiedener Gesellschafter den Vorteil des § 109 Nr.3 für sich in Anspruch nehmen darf, auch nicht in der Form, daß er wegen einer ihm gegenüber realisierten Forderung gegenüber der Gesellschaft Rückgriff in voller Höhe nimmt (54).

Zunächst wurde schon unter der Herrschaft des § 200 II KO a.F. unter vergleichender Heranziehung benachbarter Vorschriften, insbesondere des § 199 KO a.F. und des § 200 I KO a.F., nachgewiesen, daß unter "persönlich haftender Gesellschafter" in diesen Vorschriften keineswegs auch die nicht in der Gesellschaft verbliebenen Teilhaber verstanden werden konnten. So war in § 199 KO a.F. von der Einbringung des Vergleichsvorschlags durch die persönlich haftenden Gesellschafter die Rede, woran sich der Ausgeschiedene ganz sicher nicht beteiligen konnte. So das RG (55). Ein Vergleich der einzelnen Ziffern des § 109 untereinander führt zu dem gleichen Ergebnis.

Bei dieser Begründung sollte man es belassen. Es wurde schon oben ausgeführt, § 109 Nr.3 sei eine konstitutive Norm, weil es sich um das Vergleichsverfahren über ein Sondervermögen handelt, und daß diese Vorschrift ihren Grund hauptsächlich darin hat, den offenen Teilhabern die Fortführung der Gesellschaft zu ermöglichen. Diese Gründe genügen, um die h. M. zu dieser Frage zu rechtfertigen. Man sollte aber nicht die ohnehin bestrittenen Ansichten über den gewandelten Charakter der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bemühen (56) - nunmehr soll es sich um ein echtes Gesamtschuldverhältnis handeln, obwohl der Grund der Haftungs mangels einer besonderen Vorschrift genau darin liegt, daß die bis zu dem Ausscheiden des betreffenden

(53) Bley, Anm.23 zu § 109 / Kiesow, Anm.14 zu § 89 / Jaeger, Anm.6 zu § 211 / Mentzel-Kuhn, Anm.2 zu § 211 KO / Weipert, Anm.26 zu § 128 HGB / RGZ 29,38/56,366/142,206 / Freyher, S.92 / RG SeuffA 82, Nr.92.

(54) RGZ 142,206.

(55) RGZ 29,38.

(56) RGZ 56,366/142,206 / RG JW 28,2612 / RG SeuffA 82, Nr.92 / Weipert, Anm.29 zu § 128 HGB, der auf S.259 Abs.2 diese Ansicht vertritt, obwohl er einen anderen Ausgangspunkt hat, s. (59).

Gesellschaftern entstandenen Gesellschaftsschulden seine eigenen sind (57) -, nur um den § 82 II anwenden zu können.

Mit Flechtheim (58) und Weipert (59) ist davon auszugehen, daß, wie auch bei den in der Gesellschaft verbliebenen Teilhabern, zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern ein Gesamtschuldverhältnis nicht existiert, wenn auch auf Grund des besonderen Charakters dieser Beziehungen gewisse Vorschriften der §§ 421 ff BGB anwendbar sind (60), daß ferner, wie schon betont, ein mit den Gläubigern vereinbarter Erlaß nur der Gesellschaft als solcher zugute kommen kann und soll. Die Ansicht, es bestehe zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern ein Gesamtschuldverhältnis, muß also abgelehnt werden (61). Wortlaut und Zweck des § 109 Nr.3 genügen.

- B. 1. Ausnahmen von der Regel des § 109 Nr.3 gibt es, "soweit der Vergleich ein anderes festsetzt". Setzen die Gesellschafter ihr Privatvermögen für mehr als die Quote ein, so wird diese, über das gesetzliche Mindestmaß hinausgehende Haftung Gegenstand des Vergleichs, der betreffende Gesellschafter wird insoweit auch für sein Privatvermögen Vergleichsschuldner (62).

Der Vergleich nach § 109 betrifft ein Sondervermögen; das Privatvermögen der Teilhaber unterliegt ihm nicht. Werden die Gesellschafter über das gesetzliche Maß des § 109 Nr.3 hinaus aus der Haftung entlassen, so unterliegt dieser Vorgang nicht dem Mehrheitszwang der VglO, es bedarf vielmehr eines einstimmigen, besonderen Beschlusses aller beteiligten Gläubiger (63). Eigentlich keine Ausnahme ist es, wenn ein Gesellschafter, sei es als dinglicher (Hypotheken- oder Pfandschuldner), sei es als persönlicher Interzedent (Bürge) im Rahmen des § 82 II als "Dritter" haftet. Insoweit gilt für ihn nicht das Privileg des § 109 Nr.3; die Möglichkeit, wie ein Dritter für die Gesellschaftsschulden - also für eine eigene Schuld - nochmals besonders

(57) Hueck, S.290.

(58) Anm.16 zu § 129 HGB.

(59) Anm.29 zu § 128 HGB, S.257 / ebenso, wenn auch etwas widerspruchsvoll, Anm.26 zu § 128 HGB.

(60) Weipert, Anm.15 bis 17 zu § 128 HGB.

(61) Hueck, a.a.O.

(62) Bley, Anm.24a zu § 109 / Jaeger, Anm.7 zu § 211 KO / Freyher, S.90.

(63) Bley, Anm.24b zu § 109 / Jaeger, a.a.O. / Mentzel-Kuhn, Anm.2 zu § 211 KO / RGZ 150, 173.

einzustehen, ist allgemein anerkannt (64). Auch gibt es, nimmt ihn ein Gläubiger in dieser Weise in Anspruch, für ihn keinen Rückgriff über die Quote hinaus.

Ob die Regel des § 109 Nr.3 auch für die Kosten eines Prozesses gilt, in welchem ein Teilhaber neben der Gesellschaft verklagt wurde und unterlegen ist, ist streitig. Einige stehen auf dem Standpunkt, § 109 Nr.3 sei auch hierauf zu erstrecken, weil es sich um einen Ausfluß der Haftung des Gesellschafters aus § 128 HGB handele (65). Dieser Auffassung kann aber nicht gefolgt werden, denn sie beruht lediglich auf einer Billigkeitserwägung. Denn, liegt auch der materielle Grund für das Vorgehen gegen den Gesellschafter in § 128 HGB, so beruht die prozessuale Kostenerstattungspflicht ausschließlich auf der ZPO und entspringt dem Prozeßrechtsverhältnis (66). Dies ergibt auch, worauf Jaeger (67) hinweist, die Regel des § 93 ZPO (68).

2. § 109 Nr.3 regelt nur die Frage, wie die Forderung eines Gesellschaftsgläubigers nach bestätigtem Vergleich gegenüber einem Gesellschafter materiell besteht, nicht aber, ob und in welchem Umfang der betreffende Gläubiger wegen dieses Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung gegen einen Teilhaber vorgehen kann.

Während des Vergleichsverfahrens sind der Vollstreckung gegen einen Gesellschafter keine Schranken gesetzt (69). Für die Zeit nach Bestätigung des Vergleichs kommt es in erster Linie auf dessen Inhalt an. Denn er enthält selbst jeweils Zugriffsschranken - Stundung, Ratenzahlung -, die die Vollstreckung verwehren. Will sich der Gläubiger wegen seiner Quote an einen Gesellschafter halten, so bedarf er ohnehin eines besonderen Titels, § 129 IV HGB. In der Regel ist es aber so, daß ein solcher Gläubiger abwarten muß, wie die Erfüllung nach dem Vergleichsbedinge verläuft. Vorweg ist noch zu bemerken, daß im Fall des § 9 die Vergleichsschranken auch gegenüber den einzelnen Teilhabern entfallen.

(64) Bley, Anm.21 c zu § 109 mit weiteren Nachweisen / Vogels-Nölte, II 8 zu § 109 / Jaeger, Anm.14 zu § 193 KO / RGZ 23, 119 / RGZ 139, 252 / RG JW 38, 2841 / OLG Naumburg, JW 31, 2169.

(65) OLG Köln, JW 36, 1548 / Schlegelberger-Geßler, Anm.22 zu § 128 HGB.

(66) Baumbach-Lauterbach, Überblick vor § 91 ZPO, Anm.3 A.

(67) Anm.3 zu § 211 KO.

(68) wie hier: Kiesow, Anm.16 zu § 89 / Weipert, Anm.26 zu § 128 HGB / RGZ 139, 252 ff (253) / OLG Dresden, KuT 31, 172.

(69) Weipert, Anm.5 zu § 129 HGB / Schmitz-Beuting, KTS 57, 36 / LG Offenburg, MDR 53, 563.

Im Falle eines Treuhandvergleiches besteht nicht nur eine Schranke für den Zugriff auf das Treugut (70), sondern auch für das Privatvermögen der Gesellschafter (71); das gilt besonders für den Liquidationsvergleich.

Welche Vollstreckungsschranken im Falle eines sog. Beteiligungsvergleichs bestehen, läßt sich generell nicht sagen. Es ist denkbar, wenn auch ungewöhnlich, daß das Privatvermögen der Teilhaber nicht in irgendeiner Form in die Auffanggesellschaft eingebracht wird. Dann kommt es darauf an, was der Vergleich selbst sagt, kurz, es besteht die gleiche Situation wie bei jedem normalen Stundungs- oder Erlaßvergleich, bei welchem in das Privatvermögen der Teilhaber vollstreckt werden kann, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Eine Besonderheit bietet der Vergleich nach § 7 IV für den Fall, daß trotz Verwertung der Liquidationsmasse die Mindestquote nicht erreicht wird oder daß hierbei der Treuhänder in Verzug gerät. Selbst wenn die Gesellschafter als Gesamtschuldner (Vergleichsschuldner) mit der Leistung des an der Quote fehlenden Betrags ebenfalls im Verzug sind, so finden nach § 9 III "auf diesen Verzug die Vorschriften des vorstehenden Absatzes I keine Anwendung" (72). Die Gesellschafter haften also mit ihrem Privatvermögen nur für den Unterschiedsbetrag, nicht für die volle Forderung. Das Besondere hieran ist, daß diese Regelung nach § 9 IV nicht zum Nachteil des Schuldners ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Es ist aber die Meinung Bley's (73) abzulehnen, wonach die Unabdingbarkeit des § 9 IV auch für das Privatvermögen der offenen Teilhaber gelten soll. Zunächst spricht der Wortlaut des Gesetzes dagegen, das in der erwähnten Vorschrift nur "des Vergleichsschuldners" gedenkt; das sind in unserem Falle die persönlich haftenden Gesellschafter nur in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, d.h. mit Bezug auf das Gesellschaftsvermögen.

Und § 109 sagt, der Vergleich begrenze ihre Haftung, soweit er nicht ein anderes festsetze. Daraus folgt eindeutig, daß die Unabdingbarkeit

(70) Bley, IV 1 c und 2 a zu § 7 / Vogels-Nölte, VII zu § 7 / Kiesow, Anm. 25 vor § 5 / Bohnenberg, KuT 38, 15 / OLG Celle, HRR 31, 865 / LG Hannover, MDR 52, 239.

(71) Bley, Anm. 21 b zu § 109 / Klien, JW 30, 1357 / OLG Köln, JW 36, 1548.

(72) vgl. hierzu auch Kiesow, Anm. 6, 7 zu § 7; § 9 III gilt nicht für eigene Pflichten der Gesellschafter, z.B. Überwachung des Treuhänders, vgl. Klien, JW 30, 1357.

(73) Anm. 13 zu § 7.

nicht für ihr Privatvermögen gelten kann. Dies auch deshalb nicht, weil die ratio des § 9 III darin liegt, daß dem Vergleichsschuldner die Verantwortlichkeit für die Verwertung der Liquidationsmasse genommen ist (74); das Privatvermögen der Gesellschafter gehört aber nicht zu dieser Masse. Bley führt auch selbst aus (75), daß in dem Ausnahmefall des § 7 IV dann der § 9 I eingreift, wenn Hilfspflichten des Schuldners im Zusammenhang mit der Liquidation nicht erfüllt werden. Dies beweist die Richtigkeit der Ansicht, daß, soweit die Verantwortlichkeit der Gesellschafter eingreift, abweichende Abreden möglich sind. Mangels eines solchen Sachverhalts können die Gesellschafter freilich für einen Verzug des Treuhänders nicht wegen der vollen Forderung in Anspruch genommen werden.

3. Stellt man dem die Haftung der Gesellschafter nach der KO gegenüber, so zeigt sich recht klar die Verschiedenheit der Ziele von KO und VglO. Auch Jaeger (76) erkennt die Sanierungsabsicht der VglO an. Mit dem Vergleichsverfahren stimmt das Konkursverfahren insoweit überein, als auch hier während der Dauer des Verfahrens ohne weiteres gegen die Gesellschafter vollstreckt werden kann (77). Was das Vergleichsverfahren betrifft, so ist in diesem Punkt hinzuzufügen, daß so erwirkte Leistungen, weil § 109 Nr.3 keine Rückwirkung hat, der ursprünglichen Schuld angerechnet werden, nicht aber der Vergleichsquote, vorausgesetzt, es wurde noch vor Bestätigung des Vergleichs vollstreckt (78).

Der Hauptunterschied zwischen der Haftung nach einem Konkurs und derjenigen nach einem - konkursabwendenden oder konkursbeendenden - Zwangsvergleich besteht darin, daß nach einem Konkurs der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft nach wie vor voll aufzukommen hat, und zwar gemäß § 128 HGB, denn § 164 KO betrifft nur den Gemeinschuldner selbst (79). Eine Haftung nur für den Ausfall gibt es nicht mehr, seit Art.122 AHGB außer Kraft gesetzt ist.

Der Konkurs weist außerdem große Ähnlichkeiten mit dem Liquidationsvergleich auf. Es gibt eine besondere Teilungs- (Liquidations-) Masse (80), die

(74) OLG Hamburg, KuT 31, 43.

(75) Anm.4, 5 zu § 9.

(76) Jaeger-Lent, Einleitung 8 (S. XLVII-XLVIII).

(77) Hueck, S.248.

(78) Bley, Anm.21d zu § 109.

(79) Mentzel-Kuhn, Anm.9 zu § 209 KO.

(80) die der Vergleich nach VglO sonst nicht kennt.

nach konkursmäßigen Grundsätzen zu verteilen ist, wenn diese Masse bei dem Liquidationsvergleich auch nicht nach den Grundsätzen des § 1 KO zu bilden ist (81). Aus eben diesem Grund umfaßt die Liquidationsmasse auch oft den Neuerwerb, so daß vielfach eine weitere Liquidation nicht möglich und die Gesellschaft in solchen Fällen (82) als vollbeendet angesehen wird. Es kommt hinzu, daß nach der h. M. im Falle des Liquidationsvergleichs der § 18 Nr.4 nicht heranzuziehen ist (83).

III. ERGEBNIS DER BISHERIGEN UNTERSUCHUNG

Angesichts dieser kurz skizzierten Unterschiede zeigt es sich, daß die eingangs gestellte Frage, ob es berechtigt ist, auch im Falle eines das gesamte Gesellschaftsvermögen umfassenden Liquidationsvergleichs den § 109 Nr.3 weiter uneingeschränkt anzuwenden - zumal die VgIO allgemein als Sanierungsgesetz angesehen wird -, gelöst werden muß.

Nun ist der Wortlaut des § 109 Nr.3 klar, trotz der Verschiedenheit von Sinn und Auswirkung der Vorschrift im Falle des Liquidationsvergleichs. Der Wortlaut läßt nur eine in allen Fällen gleichförmige Rechtsanwendung zu.

Denn, wenn auch Sinn und Zweck (i. S. eines gesetzgeberischen Willens) der Norm diejenigen Gesellschafter begünstigt sehen wollen, die die Gesellschaft verantwortlich weiterführen, so kann eine, auch diese Tatsache berücksichtigende Auslegung nicht dazu führen, die Vorschrift in Fällen völliger Liquidation des Gesellschaftsvermögens nicht anzuwenden. Das bedeutete eine Restriktion des § 109 Nr.3 gegen seinen klaren Wortlaut, die nichts mehr mit Auslegung zu tun hat, sondern richterliche Rechtsfindung ist (84). Es ist zwar allgemein anerkannt, daß ein Richter eine bestimmte Vorschrift des Gesetzes in ihrem Wortlaut einschränken und die so entstandene Lücke anderweit ausfüllen kann. Die Voraussetzungen eines solchen Vorgehens, wie sie z. B. Enneccerus-Nipperdey umreißen (85), zeigen aber, daß an dieser Stelle abschließend noch nichts über diese Frage gesagt werden

(81) Künne, Anm. 5 zu § 5 AVgIO. (82) unten VI B.

(83) unten VII C.

(84) Auslegung ist das Mittel, Inhalt und Umfang eines Rechtsbegriffs zu vergegenwärtigen, Engisch, S. 70.

(85) S. 213, 214.

kann (86) Schon hier aber ist darauf hinzuweisen: es ist fraglich, ob dem Gesetzgeber bei Erlass der betreffenden Norm ein vom Richter zu korrigierender Fehler unterlaufen ist und ob in jeder Fehlvorstellung des Gesetzgebers - soweit nicht nur die "objektive" ratio legis zur Richtschnur gemacht werden muß, wie es das RG ausgesprochen hat (87) - ein berechtigter Grund zu richterlicher Gesetzeskorrektur gesehen werden kann (88).

Bei der Untersuchung der VglO auf ihre Grundgedanken kommt es aber weniger darauf an, ob man mehr die subjektive oder die objektive Seite bei der Auslegung berücksichtigt, denn angemessen ist ein beide Gesichtspunkte genügend berücksichtigendes Verfahren, zumal die Absichten des Gesetzgebers sich weitgehend in der Kommentierung niedergeschlagen haben (89).

Sagt daher die einfache Auslegung nichts über die in dieser Arbeit zu untersuchende Frage, und läßt sich auch an dieser Stelle nicht mit Sicherheit feststellen, ob richterliche Rechtsfindung angebracht ist, so sind folgende Fragen zu beantworten:

Drückt sich in den Vorschriften der VglO auch wirklich das Ziel der Sanierung aus? Welche Stellung nimmt der Liquidationsvergleich in einem solchen Verfahren ein? Vor allem, was ist eigentlich Sanierung?

IV. SANIERUNG

A. Was es mit diesem Begriff gerade in bezug auf die VglO auf sich hat, mag folgendes zeigen:

Lucas zitiert folgende Stelle aus der amtlichen Begründung zu dem Entwurf der VglO vom 25.7.1927 (90):

"Noch weiter entfernt sich der Entwurf von dem Gedanken der Geschäftsaufsicht als solcher. Sie stellt sich dar als ein Sanierungsverfahren, das auch durch Vergleich zum Erfolg führen kann und in dem erst ermittelt werden soll, welche Sanierungsmöglichkeiten bestehen, insbesondere, ob ein Vergleich erreichbar ist. Der Entwurf will dem gegenüber nichts weiter, als dem Schuldner helfen, ein bestimmtes, von ihm ins Auge gefaßtes Sanierungsmittel, nämlich einen Vergleich mit den Gläubigern, zustandezubringen."

(86) unten IX C.

(87) RGZ 145, 366.

(88) DOG, NJW 50, 651-652.

(89) DOG, a. a. O.

(90) Allgemeine Begründung zum Entwurf des Gesetzes, S.2.

Nach den mit der Geschäftsaufsicht (91) gemachten schlechten Erfahrungen wollte man nur noch den Zwangsvergleich als das geeignete Sanierungsmittel beibehalten; der Zwangsvergleich selbst kennt eine Art Geschäftsaufsichtsverfahren in Gestalt der Verwaltungstreuhand. Der Vergleich ist dann auch, mit Ausnahme des Liquidationsvergleichs, nie anders angesehen worden (92).

Daß man den Liquidationsvergleich wenigstens als eine extreme oder Randform der Sanierung ansah (93) und ihn auch schon früh nicht nur als zulässig, sondern sogar als unentbehrlich betrachtete (94), macht eine Untersuchung des Sanierungsbegriffs um so notwendiger.

- B. 1. Der in der betriebs- und volkswirtschaftlichen Literatur verwendete Sanierungsbegriff entspricht der sprachlichen Herkunft des Wortes: "Gesundmachen einer Unternehmung" (95). Die damit befaßten Schriften beschäftigen sich vorwiegend (96) mit den möglichen Sanierungsformen, also den organisatorischen und finanziellen Maßnahmen, wobei der Vergleich zu den letzteren zählt (97). Auch hier findet man aber, gerade mit Bezug auf den Vergleich, Differenzierungen; so Beckmann für die Fälle, in denen angeblich gesamtwirtschaftliche Rücksichten oder das bessere Interesse der Gläubiger den Abschluß eines Vergleichs (als des kleineren Übels gegenüber dem Konkurs) fordern (98). Allerdings findet gerade diese Motivierung Widerspruch in der Literatur (99). Nun muß aber nicht immer der Konkurs die zweckmäßige und preiswerte Veräußerung der Masse durch den Verwalter hindern, wie das Beispiel der Liquidation der Tuchfabrik Aachen zeigt (99a). Jedenfalls nennt Beckmann einen Vergleich eine "sanierungsähnliche Transaktion" (100).

(91) zuletzt nach der GeschäftsaufsichtsVO vom 8.2. und 14.6.1924.

(92) z.B. Lucas, Begründung vor § 15 / ferner vgl. Note (76) auf S. 14 / Mühl, NJW 56, 401, Note 1 / Künne, Anm. 4 zu § 1 AVglO.

(93) Emmerich, S. 5.

(94) vgl. hierzu oben Note (6) auf S. 2.

(95) Schmalenbach, S. 4.

(96) Schmalenbach, a. a. O. / Fischer, S. 67 / le Coutre, S. 10 / Eisfeld, Sp. 1034.

(97) vgl. zunächst Note (96) / Bauer, S. 30, S. 159 / Beckmann, S. 172.

(98) S. 173-174.

(99) Berges, KTS 55, 2 ff und 49 ff.

(99a) Frankfurter Allgemeine Zeitung, September 1958.

(100) a. a. O.

Ähnlich dieser Stellungnahme bezeichnet Fischer (101) den Vergleich als Sanierungsinstrument mit dem vornehmlichen Ziel der Vermeidung des Konkurses, was Fischer so ausdrückt: Der Kernpunkt des Präventivakkords sei das Bestreben, das Geschäftsvermögen in seiner wirtschaftlichen Einheit und die ihm als solche innewohnende, werbende Kraft zu erhalten, was der Konkurs regelmäßig verhindere. Das weicht auch in bezug auf den Vergleich von der eigentlichen Bedeutung des Sanierungsbegriffs nicht ab. Auch Emmerich, dessen Meinung zu dem Liquidationsvergleich bereits oben (102) angeführt wurde, sagt nichts anderes in seiner Definition des Wortes Sanierung:

"Allgemeine Lösung eines wirtschaftlichen Unternehmens aus finanziellen Schwierigkeiten, die seinen Bestand bedrohen, durch Hilfe von außen oder Vergleich mit den Gläubigern oder durch Kapitalherabsetzung" (103).

2. Soweit der Begriff "als solcher". Seine rechtliche Anwendung hat er sowohl in der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte (104) als auch vorwiegend im Steuerrecht erfahren.

a. Der RFH hat an Hand des Sanierungsbegriffs in der Rechtsprechung zu § 4 EStG (105) - Gewinnbegriff - eine Reihe von Entscheidungen zur Steuerfreiheit des sog. Sanierungsgewinns erlassen, die noch heute die maßgebliche Richtlinie für diese Fälle bilden. Folgende Merkmale hat der RFH hierbei herausgearbeitet:

Erforderlich ist, daß das Unternehmen des betreffenden Schuldners sanierungsbedürftig ist (106); hierzu ist allerdings nicht erforderlich, daß Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Der von einem oder mehreren Gläubigern gewährte Schuldenerlaß muß der Sanierung, d.h. in erster Linie den Interessen des Schuldners dienen (107).

(101) S. 67.

(102) vgl. oben S. 17 Note (93).

(103) S. 4 / vgl. auch Künne, Anm. 4 zu § 1 AVglO.

(104) hierüber vgl. unten b.

(105) vgl. aber auch RFH, JW 28, 926: Keine Schenkungssteuer für unentgeltliche Zuwendung eines Gesellschafters an GmbH, um Unterbilanz abzuwenden.

(106) RFH, KuT 38, 110 / KuT 38, 130 / KuT 39, 147 / Littmann, Anm. 413, 415 zu §§ 4, 5 EStG.

(107) Hartmann-Böttcher-Höfer, Anm. 8b zu §§ 4, 5 EStG / Littmann, a. a. O. / Blümich-Falk, Anm. 25 zu § 4 EStG / RFH, KuT 39, 147.

Er darf nicht nur Entgegenkommen der Gläubiger sein, um sich wirtschaftliche Vorteile zu sichern (108). Der Fall der Stundung ist hier nicht zu betrachten, denn dann entsteht dem Schuldner kein Buchgewinn, ausgenommen etwa hierdurch entfallende Zinsen. Besonders bei dem Nachlaß durch nur einen oder einzelne Gläubiger ist zu prüfen, ob wirklich die Gesundung des Unternehmens verfolgt wird oder ob der bevorstehende Zusammenbruch abgewendet werden soll (109). Der RFH, und ihm folgend die Literatur, läßt es aber für die Annahme eines steuerfreien Sanierungsgewinns genügen, wenn durch den Gläubigerverzicht es dem Schuldner ermöglicht wird, nicht nur sein Unternehmen weiterzuführen, sondern auch seinen Betrieb schuldenfrei zu liquidieren, um einen anderen zu eröffnen, als Angestellter zu arbeiten oder auch, um sich danach aus dem Geschäftsleben zurückzuziehen (110).

Der kritische Grenzfall liegt also nach dieser Rechtsprechung für den Sanierungsbegriff nicht da, wo es um die Erhaltung oder den Untergang eines Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit geht, sondern da, wo sich der Vorrang der dahinterstehenden Schuldner- oder Gläubigerinteressen entscheidet (wobei allerdings eigennützige Motive der Gläubiger nicht ganz auszuschneiden brauchen). Dies mag auf der einen Seite seinen Grund vielleicht in sog. gesamtwirtschaftlichen Motiven haben, wonach der Konkurs als Wertvernichter angesehen wird oder die Gläubiger als Glieder der Gesamtwirtschaft sonst allzusehr in Mitleidenschaft gezogen würden, so daß u. U. noch mehr Schaden durch weitere Insolvenzen entstünde. Entscheidend für diese Rechtsprechung ist aber folgendes:

Der Sanierungsgewinn ist kein tatsächlicher Vermögenszuwachs i. S. des § 4 I EStG, er ist reiner Buchgewinn (111). Nach dem RFH (112) ist der Schuldnerlaß, die Ursache dieses Gewinns, eine zwar mit dem Betrieb des Steuerpflichtigen zusammenhängende, eigentlich aber außerbetriebliche Maßnahme. Dies hat zur Folge, daß eine Verminderung der Verbindlichkeiten, kommt sie dem Betrieb des Steuerpflichtigen zugute, als eine aus seinem außerbetrieblichen Vermögen stammende Einlage angesehen wird, also nach § 4 I

(108) Hartmann-Böttcher-Höfer, Anm. 8c zu §§ 4, 5 EStG / Littmann, Anm. 414 zu §§ 4, 5 EStG.

(109) RFH, RStBl. 37, 626 / Blümich-Falk, a. a. O. / Littmann, a. a. O.

(110) RFH, KuT 37, 85 / KuT 39, 74 / KuT 39, 147 / Blümich-Falk, a. a. O. / Hartmann-Böttcher-Höfer, a. a. O.

(111) Hartmann-Böttcher-Höfer, Anm. 8a zu §§ 4, 5 EStG.

(112) RFHE 29, 189 / RFH RStBl. 27, 197 u. 40, 730 / RFH, KuT 41, 28.

EStG gewinnmindernd wirkt. Grund für diese Behandlung des Buchgewinns ist die Anerkennung des Sanierungszwecks (113). Wenn auch die Fälle, in denen der RFH eine Sanierung wegen eigennützigen Strebens der Gläubiger nicht anerkennt, einen relativ breiten Raum einzunehmen scheinen - als an einen ähnlichen Fall wäre an die Ablehnung des Vergleichsantrags wegen § 18 Nr.3 zu denken -, so wird der Begriff der Sanierung doch nicht so eng ausgelegt, daß nicht, was auch normal ist, Gläubigerinteressen mitspielen dürften (114). Aber auch sonst weicht der RFH, bedenkt man, daß es sich um Steuerrecht handelt, keinesfalls von einem in diesem Rahmen richtigen Begriff der Sanierung ab:

In zwei Entscheidungen (115) hat er nämlich klargelegt, daß die schuldenfreie Liquidation nur bei natürlichen Personen als Sanierung gelte (116). Zu den natürlichen Personen zählen in diesem Fall auch OHG und KG, da diese nicht als die wirtschaftlichen und rechtlichen Einheiten, die sie nun einmal sind, besteuert werden; Steuersubjekte sind die Teilhaber, wenn auch eine einheitliche Gewinnfeststellung stattfindet.

Zu der in Anm.(115) (116) behandelten Frage führt der RFH (117) folgendes aus: "Die Beschwerdegegnerin (eine KG) befindet sich in Liquidation; sie ist weithin überschuldet. Für sie wie für ihre Gläubiger handelt es sich daher nur noch darum, durch Vermeidung einer überstürzten Veräußerung ihrer Werte den Schaden für die Gläubiger möglichst zu mindern... Eine Sanierung in dem Sinn, daß ein scheinbarer Buchgewinn in Wirklichkeit kein steuerpflichtiger Gewinn ist, liegt aber nicht nur dann vor, wenn der Forderungsverzicht dazu dienen soll, den Betrieb des Schuldners als wirtschaftliches ... Unternehmen wieder flottzumachen. In zahlreichen Fällen ist die Sache vielmehr so, daß der Betrieb als solcher mehr oder minder erledigt ist, die Gläubiger aber dem Schuldner persönlich nicht jedes wirtschaftliche Dasein durch den Fortbestand unerfüllbarer Schulden unmöglich machen wollen. Auch das ist eine Sanierung des Schuldners. Auch ist die Zahlungsunfähigkeit kausal für den Forderungsverzicht. Die Person ist das Sub-

(113) RFH, RStBl.38,44 (A) RFH, KuT 41,28 / Hartmann-Böttcher-Höfer, a. a. O. / Littmann, Anm.412,416 zu §§ 4,5 EStG.

(114) Hartmann-Böttcher-Höfer, Anm.8d zu §§ 4,5 EStG / Littmann, Anm.414 zu §§ 4,5 EStG.

(115) KuT 38,43 / 39,26.

(116) anders bei juristischen Personen, RFH RStBl. 38,44.

(117) RStBl.37,436 ff (437).

jekt der Einkommensteuer, im Gegensatz zur Körperschaftsteuer. Es gibt also für die Einkommensteuer auch die Sanierung einer Einzelperson... durch stille Liquidation und Vermeidung des Konkurses."

Folgerichtig hat der RFH (vgl. Anm.116) diese Grundsätze auf eine zur Auflösung kommende oder schon in Auflösung begriffene juristische Person nicht angewendet. Denn dort wird das Steuersubjekt nicht saniert.

b. Soweit der Sanierungsbegriff im Steuerrecht. In der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte taucht er seltener auf. Er entfaltet dort auch gewisse rechtliche Wirkungen und wird ebenfalls nur dahin aufgefaßt, daß Sanierung Gesundmachen einer Unternehmung heißt. So in einer Entscheidung des BGH (118', die Sanierungsmaßnahmen einer Bank, weil man sich über die Erreichung des Sanierungsziels nicht genau unterrichtet hatte, in Gestalt eines Sicherungsübereignungsvertrages wegen Gläubigerbenachteiligung gemäß § 138 BGB für nichtig erklärte.

Lehrreich sind auch folgende Leitsätze einer Entscheidung des LG Aachen(119):

- "1. Zu dem Kreis der anfechtungsfreien Sanierungsgeschäfte gehören nur die mit Zustimmung des Vergleichsverwalters aufgenommenen, reinen Geschäftsdarlehen. Andere Rechtsgeschäfte, insbesondere ... Warenlieferungen auf Kredit können nicht aus dem Gesichtspunkt der Sanierungsmaßnahme heraus der Konkursanfechtung entzogen werden (120).
2. Wesentliche Voraussetzung für die Annahme einer der Konkursanfechtung entzogenen Sanierungsmaßnahme ist die Kenntnis und Zustimmung des Verwalters."

Deutlich wird die rechtliche Kraft des Sanierungsbegriffs auch in § 106, der die Bevorzugung von "Sanierungsgeschäften" für den eventuellen Anschlußkonkurs anordnet. Auch wirkt der Sanierungsbegriff so, daß nach Abschluß eines außergerichtlichen Vergleichs auch ohne besondere Bestimmung gegen den Schuldner nicht vollstreckt werden kann (121).

Sanierung sind also alle Maßnahmen zur Erhaltung eines in Vermögensverfall geratenen Unternehmens. Dient dem die VglO und in welcher Form? Dieser Frage gelten die folgenden Abschnitte.

(118) JZ 53, 664.

(119) JZ 52, 48.

(120) vgl. hierzu auch Kiesow, Anm.26 vor § 5 mit weiteren Nachweisen / Emmerich, § 55 (insbes. S.120) / RGZ 39, 89 / BGH, KTS 56, 9.

(121) Künne, Anm.7 zu § 1 AVglO / Emmerich, Beispiele in §§ 5, 11.

V. DIE VgLO ALS SANIERUNGSGESETZ: PERSONEN UND VORAUSSETZUNGEN DES VERFAHRENS

A. Sollen die Wesenszüge der VgLO als eines dem Sanierungszweck dienenden Gesetzes ermittelt werden, so ist es unerlässlich, auf die Personen des Verfahrens und die personellen Voraussetzungen eines Vergleichs einzugehen.

1. Die VgLO knüpft, wie alle Gesetze, verfahrens- und materiellrechtliche Wirkungen in der Regel an natürliche oder juristische Personen an, vgl. z.B. die §§ 1, 108. Die eigentümliche rechtliche Gestalt von OHG und KG als Gesamthandsgemeinschaft - also einer Personenmehrheit mit gebundener Rechtszuständigkeit (122) -, die zudem im Rechtsverkehr fast die Stellung einer juristischen Person genießt, bietet einige Schwierigkeiten.

a. Gesetzlich nicht gelöst ist bei Vergleichen die Frage, wer im Falle eines Verfahrens gemäß § 109 Schuldner ist. Denn das Verfahren wird zwar über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet, doch kommt diesem Vermögen, ebenso wie der Gesellschaft "als solcher" keine Rechtspersönlichkeit zu.

Die Vorschrift des § 109 bringt in ihren Ziffern 1 und 2 eine Reihe wichtiger Verfahrenspunkte (123) und ordnet zu jedem dieser Punkte an, wer mit der Erledigung der jeweils darin aufgeführten Aufgaben betraut ist. Es handelt sich dabei immer um verfahrensbestimmendes Verhalten. Ausschlaggebend sind in § 109 Nr. 1, 2 nur die persönlich haftenden Gesellschafter. Die Person des Schuldners ist aber auch hierin ausdrücklich nicht genannt.

Die VgLO ist materiellrechtliche Regelung und Verfahrensgesetz zugleich. Hier interessiert in erster Linie das Verfahren, denn die materiellrechtlichen Wirkungen eines Vergleichs sind so geregelt, daß ihre Anwendung auf OHG und KG nicht schwerfällt. Das ergibt sich aus den Regeln über die Zuständigkeit von Rechten und Pflichten bei Gesamthandsgemeinschaften, wie dies im einzelnen im HGB und BGB dargestellt ist. Nun kennt das Vergleichsverfahren keine Parteien, denn es ist kein kontradiktorisches Verfahren wie der Zivilprozeß. Seine Auswirkungen - verfahrensmäßig gesehen - treffen einmal den weiteren Kreis der sog. Beteiligten; innerhalb dieses Kreises figurieren Gläubiger und Schuldner, wobei besonders diesem eine Reihe verfahrensrecht-

(122) Bley, Anm. 12 zu § 109 / RGZ 79, 146 / RGZ 165, 203 / RGLZ 1907, 427.

(123) die sich von der Regelung des Zwangsvergleichs in der KO nicht wesentlich unterscheiden, vgl. schon Jaeger zu § 200 II KO a.F., Konkurs der OHG, S. 72.

licher Rechte und Lasten zukommt. Das Verfahren untersteht - ebenfalls ähnlich wie im Zivilprozeß - in gewisser Hinsicht auch seiner Disposition, als er es allein in Gang setzen kann und auch in der Lage ist, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ihm durch Rücknahme des Vergleichsantrags ein Ende zu setzen, § 99.

Aus diesem Grund wird man vielleicht an die Regeln anknüpfen können, die im Zivilprozeß für die Parteifähigkeit von OHG und KG entwickelt worden sind. Ausgehend von den §§ 124, 129 HGB bezeichnet man überwiegend die Gesamthänder - in ihrer Zusammenfassung als Gesellschaft - als die Partei (124), zum Teil auch die Gesellschaft "als solche" (125). Der Streit ist u. U. von Belang bei der Frage, wie der § 455 ZPO oder die §§ 373 ff ZPO anzuwenden seien. Richtig und allgemein anerkannt ist jedenfalls, daß, wenn auch Parteifähigkeit gegeben ist, die Prozeßfähigkeit fehlt und somit eine Vertretung durch die gemäß § 125 HGB dazu berechtigten Personen geboten ist (126). Nicht zutreffend und überflüssig ist die Konstruktion von Schlegelberger-Geßler (127), wonach die Gesellschaftervertreter keine Partei vertreten, die prozeßunfähig sei, "sondern die Gesamtheit der Gesellschafter"; soweit diese (nämlich die einzelnen Gesellschafter) prozeßfähig seien, würden also prozeßfähige Gesellschafter vertreten. Es ist aber unzulässig, die Prozeßfähigkeit der Gesamthand und ihrer Teilhaber derart zu verknüpfen; denn es geht ja gerade um die Prozeßfähigkeit der Gemeinschaft, der Gesamtheit. Dieser Gesamtheit kommen aber, wie auch im materiellen Recht, andere rechtliche Qualitäten zu als jedem einzelnen ihrer Teilhaber. Tatsächlich ist der Zweck der eben beschriebenen Konstruktion von Schlegelberger-Geßler der, zu beweisen, daß sämtliche, auch die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter in einem Prozeß der Gesellschaft nur als Partei vernommen werden können (128); zu diesem Ziel kann man aber auch auf dem von Hueck gewiesenen Weg gelangen: weil sie alle Träger der Rechte und Pflichten sind, um die gestritten wird (129).

(124) Stein-Jonas, II 5 zu § 50 ZPO / Rosenberg, S.178,179 / Schlegelberger-Geßler, Anm.9 zu § 124 HGB: materiell die Gesellschafter, formell die Gesellschaft / ebenso Weipert, Anm.8 zu § 124 HGB.

(125) Jaeger, Konkurs der OHG, a.a.O. / BayrObLG, JW 30,1507.

(126) Stein-Jonas, a.a.O. / Rosenberg, a.a.O. / Schlegelberger-Geßler, Anm.11 zu § 124 HGB / Weipert, Anm.9,10-14 zu § 124 HGB.

(127) Anm.18 zu § 124 HGB.

(128) a. A. Stein-Jonas, Vorbem.I 2 vor § 373 ZPO / Rosenberg, a.a.O.

(129) Hueck, S.215.

Das Ergebnis ist also, daß die Gesellschaft Partei ist, d.h. in ihrer Gestalt als Zusammenfassung der verschiedenen Gesamthänder. Der Mehrheitszuständigkeit im materiellen Recht entspricht also diejenige im Prozeß für die Parteirolle; dies gilt grundsätzlich auch für die Rolle des Schuldners im Vergleichsverfahren (130).

b. Es werden aber von diesem Prinzip für das Vergleichsverfahren über das Vermögen einer KG Abweichungen geltend gemacht. Die h. M. bezeichnet lediglich die Komplementare als Vergleichsschuldner, nicht auch die Kommanditisten (131).

Dies ist dann kein "folgewidriges Abweichen von der Grundauffassung", wie Bley meint (132), wenn das Gesetz - also die VglO - dies so will. Dogmatisch läßt es sich freilich nur schwer begründen. Auch Jaeger (133) stellt auf den Willen des Gesetzes ab.

Bley zeigt (134) verschiedene Konsequenzen aus seiner Ansicht, auch die Kommanditisten seien Mitträger der Gemeinschaftschuldnerrolle, die sich aber durchaus i. S. der h. M. lösen lassen:

Die Stimmrechtsvorschrift des § 75 hinsichtlich der Ehefrau des Schuldners und die Strafvorschriften der KO will er auch auf die Kommanditisten angewendet wissen.

Beides ist nicht zu billigen. Der gesetzgeberische Grund des § 75 liegt klar zutage; er soll das Stimmrecht derjenigen Personen verhindern, die, wie die Ehefrau des Vergleichsschuldners, naturgemäß an der Erleichterung seines Zielles interessiert sind. Die Ausführungen über die Haftung des Kommanditisten zeigen aber, daß ihn dies nicht berührt, außer im Fall des § 176 HGB, sofern nicht den Gläubigern seine Stellung als Kommanditist bekannt war. In diesem Fall wird man geneigt sein, den § 109 Nr.3 analog anzuwenden. Man müßte sich aber dazu verstehen, die ratio dieser Vorschrift dahin einzuschrän-

(130) Bley, Anm. 21 zu § 109 / Vogels-Nölte, II 1 zu § 109 / Kiesow, Anm. 4 zu § 89 / Jaeger, Anm. 9, 10 zu §§ 209, 210 KO / Konkurs der OHG, S. 67 u. 72 / Weipert, Anm. 23 zu § 131 HGB / Schlegelberger-Geßler, Anm. 2 zu § 144 HGB.

(131) s. Note (130) / Vogels-Nölte, III zu § 109 / Kiesow, Anm. 7 zu § 89 / Böhle-Stamschräder, Anm. 3 zu § 109 / Frank, KTS 56, 85 / Weipert, Anm. 6 zu § 177 HGB / RGJR 1926, Nr. 1588 / RG, KuT 35, 58.

(132) Anm. 13 zu § 109.

(133) Anm. 10 zu §§ 209, 210 KO.

(134) Anm. 14, 15, insbes. 14d, 3 zu § 109.

ken, daß der Vergleich denjenigen Gesellschaftern zugute kommen soll, die für das Schicksal der Gesellschaft mit ihrem Vermögen voll einzustehen haben. Denn der Kommanditist erlangt auf Grund des § 176 HGB nicht die Stellung eines offenen Teilhabers, er haftet nur wie ein solcher (135). Diese Lösung ist aber mit § 176 HGB und mit § 109 Nr.3 unvereinbar. Die erste Vorschrift hat ihren Grund darin, daß das Vertrauen des Verkehrs nicht enttäuscht werden darf (136), und der mit "es sei denn" beginnende Nebensatz zeigt, daß der Kommanditist die verschärfte Haftung des § 176 HGB durchaus abwenden kann. Der § 109 Nr.3 andererseits setzt ganz klar einen persönlich haftenden Gesellschafter voraus und nicht einen Kommanditisten, der wegen einer Nachlässigkeit im Rechtsverkehr für innerhalb eines gewissen Zeitraums entstandene Geschäftsschulden haftet wie ein Komplementar. § 75 ist also aus diesen Gründen - der Kommanditist hat grundsätzlich kein Interesse am Zustandekommen des Vergleichs - auf den Ehegatten eines Kommanditisten nicht anzuwenden.

Es ist auch richtig, wenn das RG (137) die Anwendbarkeit der §§ 239 ff KO auf den Kommanditisten mit der Begründung verneint, er habe nicht die Zahlungen eingestellt, denn er ist nun einmal als Kommanditist von Gesetzes wegen für das Schicksal der Gesellschaft nicht verantwortlich (138). Ob er es ist, wenn man ihm, wie dies z.B. im Rahmen der kapitalistischen KG oft geschieht, die Stelle eines Geschäftsführers oder Aufsichtsratsmitglieds übertragen hatte (139), kann hier dahinstehen.

Aus der Tatsache, daß man den Kommanditisten als Schuldner des Vergleichs über das Vermögen der KG ansieht, können diese Folgerungen nicht gewonnen werden. Kommen in einem Vergleichsverfahren Manipulationen i. S. der §§ 239 ff KO vor, die man dem Kommanditisten zur Last legen will, so fehlt es immer noch daran, daß der Kommanditist die Zahlungen eingestellt hat. Außerdem ist zu bedenken: alle wichtigen Handlungen im Vergleichsverfahren sind ohnehin den persönlich haftenden Gesellschaftern anvertraut.

Es ist also zu einer richtigen Lösung der soeben behandelten Fragen nicht not-

(135) Weipert, Anm. 14, zu § 176 HGB.

(136) Weipert, Anm. 1, 2 a.E. zu § 176 HGB.

(137) RGSt. 46. 77/69. 68 ff. /RG. JR 1926. Nr. 1588/RG. DIZ. 1935. 643/
OLG Dresden, LZ 1918, 1292 / Staub-Pinner, Anm. 6 zu § 161 HGB.

(138) vgl. auch Barella, Betrieb 51, 149.

(139) hierzu vgl. Boesebeck, S. 27 ff / Gierke, S. 205 / RG, KuT 35, 58.

wendig zu behaupten, der Kommanditist sei Vergleichsschuldner. Im Gegenteil, bei den §§ 239 ff KO kommt es nicht darauf an; bei § 75 würde eine sachgerechte Anwendung der Vorschrift nur erschwert. Die Stellungnahme Bley's hierzu beweist somit nichts dafür, daß der Kommanditist Vergleichsschuldner ist.

Nun ist unbestreitbar - und wird auch von Bley nicht bestritten -, daß die Funktionen des Vergleichsschuldners den Komplementären obliegen (140). Insoweit löst die VglO bei OHG und KG das aus, was sonst nur bei Auflösung der Gesellschaft eintritt, nämlich, daß die Initiative zu einem Vergleichsverfahren nicht nur Sache der vertretungsberechtigten Gesellschafter ist, sondern den geborenen Liquidatoren der Gesellschaft zukommt. Dies gilt für das Inangasetzen des Verfahrens, für den Vorschlag, für die Befugnis des Bestreitens und auch für sämtliche Verfahrenslasten, die ich hier nicht im einzelnen aufzählen will; wenn § 109 Nr.2 vorschreibt, es genüge, daß die dort genannten Fälle in der Person eines vertretungsberechtigten Gesellschafters vorlagen, so bedeutet dies einerseits, daß nur dessen Verhalten in Frage kommt, andererseits aber nicht, daß die übrigen offenen Teilhaber nicht an den Verfahrenslasten teilhätten (141). Da die Eröffnung des Vergleichsverfahrens die Gesellschaft grundsätzlich nicht auflöst, ändert sich auch nichts an der Vertretungsmacht; auch dies spricht gegen den Kommanditisten als Vergleichsschuldner. Es ist angesichts dieser Sachlage richtig, mit Jaeger (142) anzunehmen, Schuldner seien, unabhängig von der Frage der Parteifähigkeit und der Tatsache, wer Mitträger des Gesellschaftsvermögens ist, nur die offenen Teilhaber. Auf das, was Bley der h. M. vorwirft, nämlich ein folgewidriges Abweichen von der Grundauffassung, kommt es nicht an; die VglO hat in § 109 Nr.1,2, ebenso wie die KO in § 209, dem persönlich haftenden Gesellschafter die Rolle des Vergleichsschuldners zugewiesen. Der weitere Einwurf von Bley (143), es handele sich bei der in § 109 Nr.1,2 getroffenen Regelung nur darum, bestimmten Personen die Wahrnehmung der Schuldnerfunktionen zuzuweisen, wird dadurch entkräftet, daß das Gesetz der Stellung von Komplementar und Kommanditist gerecht werden will:

(140) Anm.15-17 zu § 109; Bley's Formulierung führt irre; es geht nicht um die "Wahrnehmung" von Verfahrensfunktionen, sondern, wie der Einfluß des Verhaltens des offenen Teilhabers auf das Verfahren zeigt, um die "materiellen" Auswirkungen der Stellung des Schuldners.

(141) Bley, Anm.17 a zu § 109.

(142) Anm.10 zu §§ 209,210 KO.

(143) Anm.13 zu § 109.

Der offene Teilhaber ist allein für das Schicksal der Gesellschaft voll verantwortlich. Der Kommanditist haftet mit seiner Einlage. Er ist von der Geschäftsführung - als Gesellschafter - dispositiv, von der Vertretung zwingend ausgeschlossen. Ihm stehen summarisch gefaßte Kontrollrechte zu, §§ 164, 166 HGB. Ihn trifft von Gesetzes wegen kein Wettbewerbsverbot, § 165 HGB, und er hat kein Entnahmerecht. Er ist, wie bereits ausgeführt, nur als Kommanditist kein Kaufmann. Er gilt daher als ein mit gewissen Kontroll- und Gewinnbeteiligungsrechten ausgestatteter Kapitaleinleger. Dem wird die positive Regelung in VglO und KO gerecht. Schuldner sind also nur die offenen Teilhaber in ihrer Zusammenfassung als Mitträger des Gesellschaftsvermögens.

2. Gegenstand dieser Arbeit ist es nicht, das Vergleichsverfahren ausführlich zu beschreiben. Es ist nur soweit darauf einzugehen, als es darum geht, für das Thema dieser Arbeit bedeutsame Punkte zu behandeln, vor allem aber, den Charakter der VglO als Sanierungsgesetz festzustellen. Aus diesem Gesichtspunkt werden im folgenden die Voraussetzungen für eine Eröffnung des Verfahrens behandelt; in erster Linie, soweit sie die Person des Schuldners- hier also der Gesellschafter - betreffen.

a. Die erste Frage ist die, wie auch schon aus der zitierten amtlichen Begründung zur VglO a.F. hervorgeht, nach der Würdigkeit des Schuldners (144) in persönlicher und vermögensmäßiger Hinsicht. Freilich spielt das persönliche Element auch nur insoweit eine Rolle, als es sich auf die Vermögensgebarung auswirkt. Vorweg sei gesagt, daß es nach § 109 Nr.2 genügt, wenn die Gründe, die nach den betreffenden Vorschriften gegen die Eröffnung, Fortführung oder Bestätigung des Vergleichsverfahrens sprechen, in der Person eines persönlich haftenden, in einigen Fällen, wenn sie in der Person eines vertretungsberechtigten Gesellschafters vorliegen (145).

Nun zu diesen Gründen selbst. Von Bedeutung ist zunächst die Vergangenheit:

(144) Dieser Ausdruck hat sich, wenn auch unter einiger Kritik, eingebürgert. Es soll aber, wie Samolewitz, Anm.7 zu § 22 a.F. sagt, nicht nur ein sittliches Werturteil sein, sondern es solle der Maßstab eines ehrbaren, sorgfältigen Kaufmanns angelegt werden / vgl. auch Lucas, S.12, Begr. zu §§ 22, 23 a.F.: "Würdigkeit im wirtschaftlichen Sinn".

(145) vgl. z.B. Mentzel-Kuhn, Anm.2 zu § 175 KO / Samolewitz, Anm.3 zu § 22 VglO a.F.

Liegen frühere Insolvenzfälle vor (146), die die Unfähigkeit des Schuldners zu einer Sanierung dokumentieren? Kommt es aus diesem Grunde zu einer Ablehnung des Eröffnungsantrags, so zeigt es sich, es sind dies Gründe, die der Sanierung im Wege stehen. Denn der Vergleichsantrag ist gleichzeitig bedingter Konkursantrag, und es ist bei solcher Ablehnung sofort über die Eröffnung des Anschlußkonkurses zu entscheiden. Konkurs- und Vergleichsgrund decken sich, nur laufen beide Verfahren in entgegengesetzten Richtungen.

Mit den früheren Insolvenzen des Schuldners beschäftigen sich die §§ 3 II Nr.1-3, 17 Nr.3-5. Hierbei hat § 3 nur die Aufgabe, dem Gericht die für seine Entscheidung wesentlichen Tatsachen zu verschaffen. Freilich führt die Bejahung der in § 3 II Nr.1 gestellten Frage nicht obligatorisch zur Ablehnung des Eröffnungsantrags, sie ist aber bei der allgemeinen Prüfung der Verhältnisse des Schuldners, insbesondere im Rahmen des § 18 von Bedeutung. Die von dem Schuldner nach § 3 im Antrag anzugebenden Tatsachen sind durch das Gesetz klar umgrenzt. Es wurde ursprünglich angestrebt, daß auch andere gerichtliche Verfahren zur Abwendung des Vermögensverfalls aufgenommen werden sollten, um eine möglichst breite Grundlage für die Entscheidung zu gewinnen. Dies könnte jetzt im Rahmen des § 3 nur soweit verlangt werden, als es sich um Verfahrensarten handelt, die ihrem Wesen nach dem Vergleichsverfahren gleichgestellt werden können. Besonders drei solcher Verfahren sind im Hinblick auf § 3 zu untersuchen:

Das Verfahren nach dem Vertragshilfegesetz (VHG) (147), das mitunter als "drittes Insolvenzverfahren", "Sanierungsverfahren" u.ä.m. bezeichnet wird (148); ihm soll die gleiche Motivation zugrunde liegen wie seinerzeit der Geschäftsaufsicht, die ja eine Vorstufe der VglO war (149). Trotzdem ist das Verfahren nach dem VHG von demjenigen der VglO nicht nur in der einzelnen Ausgestaltung, sondern auch nach Ausmaß und Qualität seiner Wirkungen verschieden. Zunächst einmal gilt die zeitliche Grenze bis zu dem

(146) wobei über den Umfang der Auskünfte Streit herrscht, vgl. Bley, Anm. 21-22c zu § 3 / AV, RJM vom 26.5.1937, DJ 37, 838, I 3 und III A / Tschernitschek, NJW 57, 1749 / Burhenne, NJW 58, 173.

(147) Gesetz über die richterliche Vertragshilfe v. 26.3.1952, BGBl. I, 198.

(148) Wöbelauer, NJW 49, 804 Note 10 / Spreng, SJZ 50, 30-31 / Baur, JZ 51, 210-211 / Merkel, JZ 52, 294-295 / BGHZ 6, 395 / BGH, NJW 57, 1277 / a. A. Jaeger-Lent, Einl. 8 / wie Lent auch BGH, Betrieb 1958, 23.

(149) amtl. Begr. zum Regierungsentwurf des VHG, Saage, S. 22-23 / anders Saage selbst, Einl. II 5 (S. 9).

20.6.1948 (150), so daß es für später begründete Verbindlichkeiten nicht in Frage kommt; also ist es ein Zeitgesetz. Da dieser Grund allein nicht durchschlägt, ist auf den wesentlichen Unterschied hinzuweisen, daß es sich einmal nicht um eine Gesamtmaßnahme handelt, sondern um eine Abwehr gegenüber der Einzelzwangsvollstreckung, daß zum anderen die Sanierung des Schuldners und die Abwendung des Konkurses zwar der Effekt sein können, aber niemals das Verfahrensziel; denn der Vertragshilferichter soll nur eingreifen, wenn dem Schuldner die volle Erfüllung seiner Verbindlichkeiten unzumutbar ist, § 5 VHG, eine Erwägung, die der Vergleichsrichter nicht anzustellen hat. Endlich kennt es keinen Zwangsvergleich, denn der Richter soll auf eine Einigung hinwirken, und es ist schon deshalb kein Ersatz für ein Vergleichsverfahren, weil man dem konkursreifen Schuldner die Vertragshilfe grundsätzlich verweigert (151).

Unter § 3 II fällt weiter nicht das Kriegsausgleichsverfahren, das auf einem reinen Zeitgesetz beruhte (diese VO stellte einen regelrechten Zwangsvergleich zur Verfügung) (152). Auch gehört hierzu nicht die VertragshilfeVO aus dem Jahre 1939, und zwar aus den gleichen Gründen, die für das VHG gelten (153); endlich auch nicht das Gesetz zur Regelung landwirtschaftlicher Schuldverhältnisse (154), das den Zwangsvergleich nur als ultima ratio nach dem Scheitern der normalen Entschuldung kennt, die bestenfalls zu einem Moratorium führt. Zuständig ist außerdem nicht das Gericht, sondern die Entschuldungsstelle.

Der Umfang der Angaben, die dem Vergleichsantrag beizufügen sind, ist, was das Vermögensverzeichnis angeht, klar, §§ 3-5; sie betreffen, soweit es nicht die unter § 109 Nr.2 fallenden Punkte sind, nur das Vermögen der Gesellschaft selbst (155), nicht auch das der Gesellschafter, wie dies bisweilen und nicht zu Unrecht gefordert wird (156). Nun ist es richtig, daß

(150) streitig, vgl. Wörbelauer, a.a.O.

(151) so schon § 1 III VHG von Hessen vom 24.8.1946, GVBl. S.170 / Saage, Begr.zur 28.DVO zum UmstG, S.31, ferner S.9 und S.23.

(152) VO über das Kriegsausgleichsverfahren vom 30.11.39, RGBl. I, S.2338, wobei deren Vorspruch zeigt, daß es sich um ein Vergl.verf.i.e.S.handelte.

(153) VO über die Vertragshilfe aus Anlaß des Krieges v.30.11.39, RGBl. I, / S.2329.
(154) vom 1.6.1933, RGBl. I, 331.

(155) h. M. / vgl. aber Manasse-Levi, S.136: "Daß praktisch die Gesellschafter ihr gesamtes Privatvermögen hingeben müssen, versteht sich von selbst ... " / Frank, KTS 56, 85, 87 / Schmitz-Beuting, KTS 57, 35.

(156) s. auch Künne, Anm.3 zu § 3 AVglO.

die Beurteilung des Vergleichsvorschlags durch Gericht und Gläubiger nicht nur von den "offiziellen" Ablehnungsgründen abhängt (157), insbesondere bei der Untersuchung nach § 18 Nr.3,4. So fällt z. B. der einfache Bankrott nicht unter § 3, ist aber bei der Würdigung des § 18 Nr.1 außerordentlich wichtig. Es erhebt sich überhaupt die Frage, ob der Schuldner dadurch, daß die Eröffnung des Vergleichsverfahrens abgelehnt wird - eventuell in erweiternder Anwendung des § 17 Nr.8 -, zu weiteren Angaben im Antrag gemäß § 3 gezwungen werden kann, d.h. daß ein solcher Antrag vom Gericht als unvollständig angesehen würde. Dies ist abzulehnen, denn einmal hat der Schuldner gegenüber dem Verwalter eine sehr weitgehende Auskunftspflicht - Sanktion in § 17 Nr.7 -, und zum anderen kann der Verwalter gemäß § 40 "Nachforschungen" anstellen, wozu auch der vorläufige Verwalter befugt ist, § 11. Soweit in § 17 als Ablehnungsgründe die mangelnde Mitwirkung des Schuldners = jedes persönlich haftenden Gesellschafters (158) oder mangelnde Klarheit und Vollständigkeit der Angaben über seine Verhältnisse genannt werden, hat dies eher etwas mit einem geregelten Verfahren als mit einer Sanierung zu tun. Nimmt man aber die Ablehnungsgründe des § 17 Nr.5,4,3 hinzu, dann wird klar, daß das Gesetz nicht zuläßt, daß sich ein solcher Schuldner mit den Gläubigern arrangiert, sondern nur den Konkurs als Ausweg zuläßt. Damit hat die Möglichkeit eines Arrangements als Bestandteil einer Sanierung in den genannten Vorschriften ihren Niederschlag gefunden; das Ziel der Erhaltung des insolventen Unternehmens aber nicht. Der Unterschied zum Konkursverfahren als der anderen Lösung des Vermögensverfalls besteht aber auch bei § 17; in der KO gibt es nur einen mit § 17 übereinstimmenden Ablehnungsgrund, nämlich die Ablehnung mangels Masse, § 17 Nr.6. Was den konkursbeendenden Zwangsvergleich angeht, so stimmen die Ablehnungsgründe des § 17 Nr.2,3 mit denjenigen in § 175 KO überein; daß die übrigen Gründe des § 17 nicht in jener Vorschrift enthalten sind, hat seinen Grund in der anderen Art des Vergleichsverfahrens, das ja nicht der Abwendung des Konkurses dient.

b. Unter das Stichwort "subjektive Vertrauenswürdigkeit" (159) fallen auch

(157) Bley, Anm.21a zu § 3 / Vogels-Nölte, III 2 zu § 3.

(158) ohne daß dieser vertretungsberechtigt sein muß, Bley, Anm.13a zu § 17 / Anm.15 zu § 109 / Vogels-Nölte, II 5 a zu § 109 / Kiesow, Anm.7 zu § 89.

(159) Bley, Anm.1 zu § 18 / Jaeger, DJZ 27,1315 / kritisch Berg, KuT 27, 187, der diesen Ablehnungsgrund bemängelt u.ihn eine "außerdem ein tretende Bestrafung des Schuldners" nennt / a. A. richtig Berges, KTS

die Ablehnungsgründe der hierfür zentralen Vorschrift der VglO, des § 18, der höchst bescheiden die Überschrift "weitere Ablehnungsgründe" trägt. Es sind dies hier die Nr.1 und 2 (160), die auf § 22 Nr.4 a.F. und auf § 187 KO zurückgehen. Die letztgenannte Vorschrift hat allerdings die Besonderheit, daß sie für den Zwangsvergleich unter bestimmten Voraussetzungen eine Mindestquote von 20% fordert.

Es kommt im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht darauf an, jede Einzelheit dieser Ablehnungsgründe darzustellen, weshalb zu § 18 Nr.1, 2 kurz folgendes zu sagen ist:

Unredlichkeit ist ein vorsätzlich schädigendes, unmoralisches Verhalten; dolus eventualis genügt (161). Preisschleuderei deckt sich mit § 240 Nr.2 KO (162), wie überhaupt die Hauptfälle unredlichen Verhaltens in einem strafbaren Tun liegen (z.B. nach § 241 KO). Der Leichtsinn muß sich auf die Vermögensgebarung "als solche" beziehen und kausal für den schließlich eingetretenen Vermögensverfall sein (163). Das LG München (164) führt hierzu aus, Leichtsinn beziehe sich nur auf das persönliche, "außerbetriebliche" Verhalten des Schuldners, das von geschäftlichen Fehldispositionen zu scheiden sei, die sich zwangsläufig aus dem Unternehmerwagnis ergäben. Dies geht zu weit. Bley (165) hat den maßgeblichen Tatbestand abzugrenzen versucht und allerdings als positive Kriterien nur solche Fälle erwähnt, wie sie das LG München im Auge hat. Die negativen Unterscheidungsmerkmale zeigen aber, daß die Beschränkung auf die private Sphäre nicht zutrifft, wie der Fall allzu "spekulativer", also leichtsinniger Käufe beweist. Die Abgrenzung ist somit eine rein graduelle und nicht nur auf einen bestimmten Bereich des Ver-

55,3: "Zur Sanierung ist die Wiedererweckung des Vertrauens unentbehrlich" / S.6: "Die Würdigkeitsvoraussetzungen sind am Gläubigerinteresse auszurichten."

- (160) deren Zusammenfassung in folg. Generalklausel gefordert wird: "... wenn der Schuldner nach seiner Person oder Betriebsführung keine Gewähr für die Erfüllung des Vergleichs bietet", Tidow, KTS 56, 101.
- (161) Bley, Anm.3a zu § 18 / Vogels-Nölte, B I zu § 18 / Kiesow, Anm.10 zu § 22 / Samolewitz, Anm.7 zu § 22.
- (162) Bley, Anm.3b zu § 18 / Vogels-Nölte, a.a.O. / LG Mönchen-Gladbach JW 35, 728.
- (163) Bley, Anm.3c zu § 18 / Samolewitz, a.a.O. / Baur, JZ 51, 210 / Vogels-Nölte, a.a.O.
- (164) BB 55, 331.
- (165) a.a.O.

haltens des Schuldners beschränkt, wie es im Falle einer OHG als Vergleichsschuldner auch nicht anders sein kann.

Eine nach der Auffassung des Handelsverkehrs schuldhaftes Verzögerung des Vergleichsantrags liegt dann nicht vor, wenn der Schuldner vorher einen ernsthaften außergerichtlichen Sanierungsversuch unternommen hat (166). So hat das RG in einem solchen ernsthaften, auch im Interesse der Gläubiger abgeschlossenen Sanierungsabkommen keine die Anwendung des § 30 Nr. 1, 2 KO rechtfertigende Gläubigerbenachteiligung gesehen (167). Bei allen Tatbestandsmerkmalen des § 18 Nr. 1, 2 genügt das Verhalten eines persönlich haftenden Gesellschafters (168). Die Vorschrift des § 18 Nr. 1, 2 zeigt, wie unterschiedlich die Konkursdelikte im Konkurs- und Vergleichsverfahren zu beurteilen sind, was gleichzeitig die verschiedenen Zwecke der beiden Verfahren bezeichnet. Zwar setzt eine Bestrafung nach den §§ 239 ff KO Zahlungsunfähigkeit voraus, die sowohl Konkurs- als Vergleichsgrund ist. Aber die Betrachtungsweise ist in den §§ 239 ff KO und in der VglO verschieden. Nach § 18 VglO kommt es darauf an, daß der Schuldner den Vermögensverfall durch die betreffende Handlung herbeigeführt hat, also z. B. durch die Preisschleuderei. Anders die Konkursdelikte: Angriffsobjekt ist "der Anspruch des Gläubigers auf adäquate, der Rangordnung und Mehrheit der Gläubiger entsprechende Befriedigung" (169). Wie Maurach noch ausführt (170), haben die deutschen Partikularrechte, die erstmals die Bestrafung spezieller Konkursstraftaten anordneten (außer der Reichspolizeiordnung von 1548 und 1577), als Unrechtsgehalt der Tat immer die schuldhaft herbeigeführte Zahlungsunfähigkeit als solche angesehen; der Wandel zu der heutigen Gestalt, die die schädigende Einzelhandlung des Schuldners als Strafgrund ansieht, hat sich unter dem Einfluß der Gesetzgebung Napoleons I. seit der Mitte des 19. Jahrhunderts vollzogen.

Also ist das Ziel der VglO ein anderes; sie hat immer das Schuldnervermögen als solches im Auge, nicht die Einzelhandlung des Schuldners, mag sie strafbar sein oder nicht.

Auch die Gründe, die zur Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs von vornherein oder zu seiner Verwerfung führen, sind in den §§ 173 ff KO nicht so streng wie die Ablehnungsgründe der VglO. Um die Unterschiede beider Ver-

(166) Bley, Anm. 6a-c zu § 18 / Vogels-Nölte, B II zu § 18.

(167) KuT 29, 40 Nr. 2 / KuT 29, 151 Nr. 3.

(168) Vogels-Nölte, B I zu § 18.

(169) Maurach, S. 217.

(170) S. 217, 218.

fahren herauszustellen, soll im folgenden kurz auf die Regelung der KO eingegangen werden. Einschlägig sind die §§ 175 Nr.2,3, 186 Nr.2, 187 und 188 Nr.1 KO. Sehr wichtig ist, daß das Gericht im Falle des Leichtsinns zur Verwerfung des Vergleichs nicht verpflichtet ist. Überhaupt ist der Umfang der Fälle, in denen die Unzulässigkeit oder Verwerfung obligatorisch angeordnet ist, gegenüber der VgIO gering. Dies zeigt besonders der § 187 KO. Zwar kann in seinem Rahmen jedes unredliche Verhalten des Schuldners berücksichtigt werden, doch zeigen die Voraussetzungen gerade des Satzes 1, daß eine den Tatbestand dieser Vorschrift erfüllende Feststellung nur sehr schwer getroffen werden kann. Sonst findet z.B. der einfache Bankrott in § 188 Nr.2 KO Berücksichtigung (171), dies aber auch nur dann, wenn der Vergleich den Interessen der nicht bevorrechtigten Gläubiger widerspricht, d.h. wenn der weitergeführte Konkurs eine höhere Quote oder seine Aufhebung eine bessere Befriedigung aus dem sonstigen Vermögen des Gemeinschuldners erwarten läßt (172). Diese Beispiele zeigen, daß es nicht Sache des Zwangsvergleichs nach der KO ist, den Schuldner zu sanieren, sondern die Situation gerade noch zu retten.

B. Soweit die Person des Schuldners und ihre Bedeutung für die Eröffnung des Verfahrens. Gegenpol sind die Gläubiger. Ihre Zusammensetzung soll, wie-wohl sie über den hier zu untersuchenden Rechtsordnungszweck der VgIO nichts aussagt, der Vollständigkeit halber kurz dargestellt werden.

1. a. Der Kreis der Gläubiger ist aufgeteilt in solche, die an dem Vergleichsverfahren beteiligt und auch von ihm betroffen sind, solche, die, ohne beteiligt zu sein, von dem Vergleich betroffen werden, und solche, bei denen weder das eine noch das andere der Fall ist.

Die Regelung folgt der KO, was sich aus dem Charakter des Vergleichsverfahrens als eines Insolvenzverfahrens erklärt, bei dem der Eröffnungsantrag zugleich bedingter Konkursantrag ist, § 19. Die Vorschrift des § 25 lehnt sich an § 3 KO an, wonach beteiligte - d.h. mit Stimmrecht ausgestattete - Gläubiger alle diejenigen sind, deren persönliche Forderung am Tage der Verfahrenseröffnung begründet war. Erweitert wird dieser Kreis um die Gläubiger, deren dingliche Sicherung wegen der Rückschlagssperre des § 28

(171) Jaeger, Anm.7 zu § 175 KO / Mentzel-Kuhn, Anm.3 zu § 175 KO.

(172) Mentzel-Kuhn, Anm.4 zu § 188.

nicht wirkt (173), um die Absonderungsgläubiger für den Ausfall, § 27, und diejenigen Gläubiger gegenseitiger, nicht voll erfüllter Verträge, deren endgültige Erfüllung abgelehnt ist.

Nur betroffen von dem Vergleich, ohne an ihm beteiligt zu sein, sind die Gläubiger des § 29 Nr. 1, 2, 4, vgl. § 83 (174).

Weder beteiligt noch betroffen sind, wie im Konkurs, die Aussonderungsberechtigten, die nach § 61 KO bevorrechtigten Gläubiger, diejenigen, deren Forderung durch Vormerkung gesichert ist, und in den Grenzen des § 27, die Gläubiger, die im Konkurs abgesonderte Befriedigung verlangen können.

Weitere Einzelheiten über die Zusammensetzung der Gläubiger gehören nicht hierher.

b. Von Interesse, auch wegen des Gegensatzes zu § 17 KO, ist die Behandlung beiderseits noch nicht voll erfüllter, gegenseitiger Verträge gemäß § 52. Durch die Ablehnung tritt die gleiche Folge wie in der KO ein: der betreffende Gläubiger ist mit einem Schadensersatzanspruch beteiligt und wird auch vom Vergleich betroffen, § 52.

Die erste Besonderheit, die das Bestreben der VglO zeigt, mit dem Vergleich einen möglichst großen Kreis von Forderungen zu erfassen, besteht nach § 36 darin, daß bei teilbarer Leistung der vom Gläubiger bereits erfüllte Teil - soweit also nur die Gegenleistung des Schuldners aussteht - am Vergleich teilnimmt. Gegenüber dem unbeschränkten, nur durch unangebrachtes Zögern - Abs. II - ausgeschlossene Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 I KO steht in § 50 das durch das Erfordernis gerichtlicher Genehmigung eingeschränkte Wahlrecht des Schuldners. Dabei kommt in den Richtlinien für die Erteilung der gerichtlichen Ermächtigung zum Ausdruck, daß das Vergleichsverfahren in solche schwebende Verhältnisse grundsätzlich nicht eingreifen will, außer, der Sanierungserfolg wird gefährdet, wobei aber noch vorher die Interessen des betreffenden Gläubigers an der Erfüllung zu prüfen sind. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß der Vergleich, der ohnehin der Normalisierung der Verhältnisse dienen soll, den regelmäßigen Ablauf unerledigter Verträge aus dem eben genannten Grundgedanken nicht stören will; eine mit allen Mitteln zu stärkende Teilungsmasse soll eben nicht geschaffen werden, denn der Ideal-

(173) hierzu vgl. BayObLG, NJW 55, 144 (KTS 56, 46).

(174) wobei andere Verzugsfolgen als Verzugszinsen nicht betroffen sind, Kiesow, Anm. 4 zu § 74 / a. A. Bley, Anm. 10 zu § 29, der aber zugeibt, daß seine Ansicht dem Wortlaut des § 83 II zuwiderläuft / vgl. auch BGH, KTS 57, 7 zu § 83 II.

vergleich ist der Ertragsvergleich, bei dem die geminderten oder gestundeten Forderungen aus den Erträgen des Schuldnervermögens befriedigt werden, nicht aber aus dessen Substanz. § 51 ist also eine Vorschrift ganz im Sinne der hier geführten Untersuchung.

c. Die Einrichtung der sog. Rückschlagssperre des § 28 gibt Anlaß zu folgender Überlegung:

Zwar arbeitet die KO auch mit bestimmten zeitlichen Grenzen, um schädlichem Gläubigererwerb oder einer eben solchen Sicherung zu steuern, doch verlangen die Anfechtungsvorschriften der KO nicht nur bestimmte objektive, sondern auch subjektive, den Zweck des Konkurses in der einen oder anderen Form verneinende Merkmale. In der VglO fehlen entsprechende Vorschriften und ein umfassendes Anfechtungsrecht des Verwalters. Daher sind die Merkmale in § 28 nur objektiv gefaßt. Das Streben der VglO, möglichst normale Verhältnisse beizubehalten, zeigt sich auch hierin. Eine Anfechtung, die ohnehin auf das AnfG gegründet werden müßte, ist richtigerweise den der Vollstreckungssperre unterliegenden Gläubigern verwehrt, §§ 47, 48 (176). Wie weit Handlungen zur Erfüllung des Vergleiches im Anschlußkonkurs anfechtbar sind, ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen. Es ist jedoch in dieser Arbeit verschiedentlich darauf hingewiesen, daß solche Handlungen, weil sie auf eine Sanierung gerichtet sind, nicht angefochten werden können(177).

2. Außer den Gläubigern gibt es in der VglO wie in der KO den - stark umstrittenen (178) - Verwalter und den Gläubigerbeirat, die beide neben dem Gericht und der Berufsvertretung des Schuldners den Kreis der am Verfahren beteiligten Personen und Institutionen abschließen. Auch ihre Rolle soll kurz dargestellt werden.

Der Verwalter muß gemäß § 38 seiner Person nach integer sein; seine Aufgaben, wie auch die des vorläufigen Verwalters, sind, sofern nicht besondere Anordnungen des Gerichts vorliegen, solche prüfender, unterstützender und überwachender Natur. Er ist kraft seiner Rechte die wichtigste Person des Vergleichsverfahrens insofern, als es um die Grundlagen des Vergleichs geht, denn nach § 40 kann er sämtliche geschäftlichen Handlungen des Schuldners nachprüfen und auch von diesem und seinen Angestellten Auskunft darüber

(176) Bley, Anm. 9 zu § 48.

(177) vgl. oben Note (167).

(178) und zwar, weil seine Stellung zu schwach sei, vgl. z. B. Berges, KTS 55, 2 ff und 49 ff.

verlangen. Er ist dafür verantwortlich (179), dem Vergleichsverfahren entgegenstehende Tatsachen dem Gericht und, im Termin, auch den Gläubigern bekanntzugeben. Weitere Aufgaben des Verwalters bei der Überwachung des Schuldners ergeben sich, wenn diesem ein Verfügungs- und Veräußerungsverbot auferlegt ist. Sonst - vgl. § 57 - hat das Einschreiten des Verwalters nicht die Wirkung, daß vergleichsschädliches Verhalten des Schuldners unterbleiben muß.

Auch hier liegt die Ursache für diese Regelung darin:

hielt man den Schuldner für würdig, daß man das Vergleichsverfahren über sein Vermögen eröffnete, so sollten alle Verhältnisse so normal als möglich bleiben. Insbesondere soll der Schuldner vor der durch die Verfügungsbeschränkung eintretenden *capitis diminutio* bewahrt werden, die sich bei der VglO in nichts von derjenigen unterscheidet, die im Konkursverfahren eintritt (180). Ob solche Folgen einer Verfügungsbeschränkung mit dem Ziel des Vergleichsverfahrens und der Tatsache übereinstimmen, daß der Schuldner nach Abschluß des Verfahrens das Unternehmen weiterführen soll, kann hier dahinstehen. Denn, nüchtern betrachtet, ist das zwingend eintretende Verfügungs- und Veräußerungsverbot nur allzu angebracht; so wird es auch zu einem Großteil in der Praxis gehandhabt. Es ist Sache des Gesetzgebers, will er ein solches zwingendes Verbot einführen, ob er es von den für die Person des Schuldners damit verbundenen, herabmindernden Auswirkungen ganz oder teilweise befreien will.

3. Noch mehr als der Verwalter sind Gläubigerbeirat und Berufsvertretung des Schuldners (181) Organe, die vorzüglich der Unterrichtung über die Person des Schuldners und die Aussichten einer Lösung des Vermögensverfalls dienen, wobei der Gläubigerbeirat gegenüber dem Schuldner weitgehende Auskunftsrechte und gegenüber dem Verwalter Überwachungsfunktionen - neben dem Gericht - hat. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß streitig ist, wie weit und auf welche Weise die Gläubiger in die Verhältnisse des Schuldners Einblick erhalten können, vgl. § 120. Letztlich wird nicht zu Unrecht geltend gemacht, daß die Gläubiger ihre Zustimmung zu dem Vergleichsvorschlag davon abhängig machen können, ob der Schuldner ihrem Wunsch

(179) so, wie er allen "Beteiligten" für sein Handeln verantwortlich ist; vgl. hierzu RG, KuT 41,44 / OLG Celle, JZ 54, 514.

(180) vgl. hierzu Kiesow, Einleitung, S. XLVII / Vorbem. I 2 vor § 28.

(181) deren Bedeutung aus der AV RJM, zitiert bei Bley, Anhang 2, S. 1112, hervorgeht.

nachkommt und über seine aus den §§ 40, 45, 69 sich ergebende Auskunftspflicht hinaus Aufklärung erteilt.

4. Bleibt noch das Gericht, das durch die ihm zugewiesenen Entscheidungen über Eröffnung, Bestätigung, Aufhebung und Einstellung eine zentrale Stellung im Vergleichsverfahren einnimmt. Dies ist notwendig, um Minderheiten vor allzu vergleichsbereiten Mehrheiten im Rahmen dieser Entscheidungen zu schützen, auch, um Verwalter, die oft sehr stark am Zustandekommen eines Vergleichs interessiert sind, an die Erfüllung ihrer Pflichten zu erinnern. Es ist nicht Sache dieser Abhandlung, zu dem Streit über die Prärogative des Staates im Vergleichsverfahren gegenüber der von verschiedenen Seiten nachdrücklich verfochtenen Gläubigerautonomie Stellung zu nehmen (182). Richtig ist sicher, daß diese starke Stellung des Gerichts ein Ausdruck des schon in der amtlichen Begründung vorgetragenen Gedankens ist, wonach die VglO dazu berufen sei, gesamtwirtschaftliche Interessen wahrzunehmen. Ein anderer Grund für diese starke Stellung des Gerichts war der, daß vielfach unter der Herrschaft der VglO von 1927 von seiten der Gläubiger mit dem Erfordernis Mißbrauch getrieben wurde, daß ein Vergleichsvorschlag von dem Gericht zurückzuweisen war, wenn nicht der Schuldner die Stimmen einer bestimmten Anzahl von Gläubigern zugunsten dieses Vorschlags vorweisen konnte.

C. Bevor das Kernstück des Vergleichsverfahrens, der Vergleichsvorschlag, erörtert wird, ist noch auf einige, für den Charakter der VglO bedeutsame Punkte einzugehen. Dies ist auf der einen Seite die Frage, wie sich das eröffnete Verfahren auf die Stellung des Schuldners, insbesondere zu seinem Vermögen, auswirkt, auf der anderen Seite, welche Maßnahmen das Gesetz trifft, um Vergleichsstörungen durch unzeitiges Vorgehen der Gläubiger zu verhindern.

1. Die Stellung des Schuldners drückt sich, grundsätzlich gesehen, mehr in verschiedenen Pflichten als in von Gesetzes wegen eintretenden Beschränkungen aus, §§ 56 ff (183). Die Sanktion gegenüber einer Verletzung solcher Pflichten ist im § 100 Nr.3,5 enthalten, d.h. der Schuldner muß bei Nichterfüllung immer den Anschlußkonkurs gewärtigen. Nach § 109 Nr.2 ist es Sache der offenen Teilhaber, den Vorschriften der §§ 56, 58 nachzu-

(182) Berges, a.a.O.

(183) vgl. zum Zweck dieser Vorschrift: RG, KuT 38,12 mit Anm. Vogels /

kommen. In der Regel wird aber das Gericht schon im Vorverfahren ein Verfügungs- und Veräußerungsverbot aussprechen.

2. Der Schutz gegen Vergleichsstörungen von außen ist im wesentlichen Vollstreckungsschutz, der, im Vorverfahren nur schwach ausgebildet - vgl. die §§ 12, 13 -, nach der Eröffnung in einer obligatorischen Einstellung aller Vollstreckungsmaßnahmen der am Vergleich beteiligten Gläubiger und auch der von ihm betroffenen Gläubiger besteht. Unter bestimmten Voraussetzungen ist sogar die endgültige Beseitigung solcher Maßnahmen möglich, § 48.

Die offenen Teilhaber dagegen sind, wie bereits erwähnt, mit ihrem Privatvermögen während des Verfahrens dem Zwangszugriff der Gläubiger ausgesetzt. Ihre Rettung vor Vollstreckungsmaßnahmen kann darin bestehen, daß durch einen entsprechend abgefaßten Vergleichsvorschlag, der z. B. ein besonderes Entstehen der Gesellschafter für die Erfüllung des Vergleichs vorsieht, die Gläubiger zum Stillhalten bewogen werden, zumal die Gesellschafter hierdurch auch mit ihrem Privatvermögen Vergleichsschuldner werden. Sie kann auch darin bestehen, daß die Gesellschafter ihrerseits die Eröffnung eines Vergleichsverfahrens über ihr Privatvermögen beantragen.

Das Vollstreckungsverbot und auch die einstweilige Einstellung bereits anhängiger Vollstreckungsmaßnahmen finden, mit Ausnahme des in § 48 II geregelten Falles, ihr Ende mit der Bestätigung des Vergleichs, der aber zumeist seinerseits Schranken für die Vollstreckung enthält. Hierzu vgl. oben (184). Gänzlich entfallen nur die der Rückschlagsperre unterliegenden Sicherungen, § 87.

3. Das Streben der VglO, möglichst "normale" Verhältnisse zu belassen, drückt sich auch in den Regeln aus, die die Führung von Prozessen gegen den Vergleichsschuldner betreffen. Kein Prozeß wird unterbrochen. Vor allem sind die Gläubiger, die ihren Anspruch noch nicht gerichtlich geltend gemacht haben, nicht auf die Feststellung zur Vergleichstabelle angewiesen, § 49. Einziges Regulativ ist die den Kläger bei dem sofortigen Anerkenntnis des Vergleichsschuldners, gegen den sich während des Verfahrens alle Klagen richten, treffende Kostenlast. Wie weit die Bestätigung des Vergleichs den klagenden Gläubiger nötigt, die Erledigung der Hauptsache anzuzeigen oder seinen Antrag auf die Quote oder den Anteil am Liquidationserlös zu be-

Kiesow, Rechtsgeschäfte im gerichtlichen Vorverfahren nach der VglO vom 26. Februar 1935, KuT 35, 113.

(184) vgl. II B 2.

schränken (185), ist in dieser Arbeit nicht dazustellen und soll nur angedeutet sein, ebenso nicht, ob die im Vergleichstermin etwa zu erwartende Feststellung des Anspruchs als präjudiziell i. S. des § 148 ZPO anzusehen ist (186).

Folgendes bleibt als Ergebnis des Abschnittes B festzustellen:

Die VglO hat, um den minder diskreditierenden Charakter des Vergleichsverfahrens herauszustellen, die Stellung des Schuldners wohl etwas zu wenig beschnitten, sondern die Entscheidung hierüber dem Gericht überlassen. Der gleiche Gedanke äußert sich in der Regelung der Prozesse. Durch das Vollstreckungsverbot, die einstweilige Einstellung anhängiger Vollstreckungsmaßnahmen und durch die Rückschlagssperre schafft die VglO eine Art Vergleichsmasse. Diese ist freilich keine einer Gesamtliquidation dienende Stichtagsmasse, sondern sie wird negativ dadurch begrenzt, daß ihr alle diejenigen Vermögensstücke angehören, die nicht schon den am Vergleich nicht beteiligten und auch von ihm nicht betroffenen Gläubigern zur Verfügung stehen müssen. Gefährlich ist nur, daß das Vollstreckungsverbot weder die bevorrechtigten Gläubiger noch die Neugläubiger betrifft. Die Zahl der letztgenannten zu beschränken, ist Sache einer weisen Vergleichsverwaltung, sei es durch Verfügungsverbot, sei es auf dem Wege des § 57. Was aber die bevorrechtigten Gläubiger angeht, so bleibt dem Schuldner nichts anderes übrig, als ihre Forderungen von vornherein bei dem Vergleichsvorschlag in genügender Weise zu berücksichtigen.

Daß es keine Vergleichsmasse gibt, hat den Vorzug, daß auch Neuzugänge in das der Vergleichserfüllung dienende Vermögen einbezogen werden können. Der einzige Fall einer Vergleichsmasse i. S. einer reinen Teilungsmasse ist der Liquidationsvergleich. Die Liquidationsmasse umfaßt aber auch nicht ein bestimmtes Stichtagsvermögen, sondern diejenigen Gegenstände und Werte, die der Schuldner gemäß einem Verzeichnis aus seinem Vermögen auszusondern hat.

VI. DIE VglO ALS SANIERUNGSGESETZ: DER VERGLEICHSVORSCHLAG

Der Vergleichsvorschlag - gemäß § 109 Nr.1 von allen persönlich haftenden Gesellschaftern einzubringen - entscheidet darüber, wie die Insolvenz der Gesellschaft beseitigt werden soll. An ihm, und auch an den speziell ihn

(185) Hierzu vgl.: Bley, Anm.2 zu § 49 / OLG München, MDR 55,750 Nr.713.

(186) Bley, Anm.3 zu § 49.

betreffenden Ablehnungsgründen wird es sich zeigen, ob und wie die VglO das Ziel der Sanierung verwirklicht wissen will (187).

Die verschiedenen möglichen Formen eines Vergleichsvorschlags entwickelt zu haben, ist nicht das Verdienst der VglO, sondern der Praxis. Wenn § 7 IV den Liquidationsvergleich definiert, so ist diese Definition ebenfalls nur ein Ergebnis jahrelanger Handhabung dieser Form außerhalb des Gesetzes. Die VglO selbst stellt, was den Vorschlag betrifft, einige Erfordernisse auf, die weiter unten erörtert werden sollen (188). Soviel kann aber hier schon gesagt werden, daß allenfalls das Erfordernis der Mindestquote etwas mit dem Sanierungsziel der VglO zu tun hat.

Unter welchen Gesichtspunkten sind nun die einzelnen Vergleichsformen zu ordnen? Die beiden Gruppen der Liquidations- und Sanierungsvergleiche sind Gegenstand des Themas dieser Arbeit und bereits oben definiert. Sie genügen aber auch nicht, um die verschiedenen Typen sinnvoll zu gliedern.

- A. Danach, woraus die Erfüllung des Vergleichs bestritten werden soll, nämlich aus der Substanz oder nur aus den Erträgen, läßt sich eine befriedigende Einteilung nicht treffen. Es gibt nur eine Form, die auf eine Vergleichserfüllung nur aus dem Ertrag geradezu abgestellt ist, die Verwaltungstreuhand; ein Vergleich, bei dem der Schuldner einem Treuhänder die Leitung seines Unternehmens überantwortet, damit dieser die Gläubiger aus den Einkünften in Höhe der Quote befriedige (189). Auch bei dem Beteiligungsvergleich (190) wird in der Regel diese Art der Gläubigerbefriedigung überwiegen, doch ist sie in jenem Fall nicht als das allein typische oder gar, wie bei der Verwaltungstreuhand, wesensbestimmende Merkmal anzusehen. Es bieten sich vielmehr die folgenden zwei Gesichtspunkte für eine Gliederung an, nämlich einmal nach dem Effekt, den der beabsichtigte Vergleich herbeiführen soll, und zum anderen, ob der Schuldner selbst oder ein Dritter die Erfüllung des Vergleichs besorgt.

B. 1. In der ersten Gruppe unterscheidet man zwischen Stundungs- und Erlaßvergleich.

(187) über die Frage, ob ein Vergleichsvorschlag im einzelnen zu rechtfertigen sei, vgl. Bley, Anm. 14 zu § 3 / Böhle-Stamschräder, Anm. 7 zu § 3 (a. A.).

(188) unten VI C.

(189) Künne, Anm. 5 zu § 1 AVglO / RGZ 72, 116.

(190) unten VI B 2 d.

a. Je nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten wählt man innerhalb der Stundungsvergleiche (191) entweder eine einfache Stundung dergestalt, daß sämtliche Forderungen vollständig an einem bestimmten Termin zu erfüllen sind; dies wird der Fall sein, wenn der Schuldner bis zu diesem Zeitpunkt größere finanzielle Zubeußen zu erwarten hat - naturgemäß ein seltener Fall (192). Üblich ist dagegen der sog. Ratenvergleich (193), dessen Wesen sich bereits in seiner Bezeichnung klar genug ausdrückt.

b. Dem gegenüber stehen die Erlaßvergleiche (194), die in dieser Arbeit allein interessieren. Sie sind übrigens meist mit einer Stundung gekoppelt (195).

Hier bietet sich der oben unter A genannte, zweite Einteilungsgesichtspunkt an. Dabei darf man nicht außer Acht lassen, daß eine Form weder zu der einen noch zu der anderen Gruppe gehört: der Beteiligungsvergleich. Er läßt die verschiedensten Möglichkeiten zu, Schuldner und Gläubiger sind an der sog. Auffanggesellschaft beteiligt, auch wird es mitunter vorkommen, daß durch die Gläubiger ein Mann ihres Vertrauens mit der Leitung dieser neuen Gesellschaft beauftragt wird; dieser hat dann die Vergleichserfüllung zu besorgen. Der Beteiligungsvergleich ist also eine Form für sich.

Unter die von dem Schuldner selbst, d.h. durch eigene Tätigkeit, zu erfüllenden Vergleiche fällt in erster Linie, wie bereits ausgeführt, der Erlaßvergleich. Bei ihm werden höchstens 65% der Forderungen erlassen, bedingt durch die pünktliche, vergleichsgemäße Erfüllung der Restquote. Meistens werden Raten vereinbart. Woher der Schuldner die Mittel zur Erfüllung nimmt, ist ohne Belang. Dies wird von der Art seines Betriebes abhängen und auch davon, wie weit ihm sein Vermögen eine Verwertung durch Veräußerung gestattet. Sicher ist, daß er sich, bietet er einen reinen Ertragsvergleich an, bei Verzug mit der Quote nicht darauf berufen kann, er sei zur Verwertung von Vermögensstücken nach dem Vergleich nicht verpflichtet. Denn ein Gegenschluß aus § 9 III zeigt, daß die VglO nur einen Fall kennt, in welchem die kassatorische Klausel nicht eingreift, und zwar, wie bereits erörtert, weil dem Schuldner auf Grund des Vergleichs die Mittel zu

(191) Bley, Anm.9 zu § 3 / Kiesow, Anm.24 vor § 5.

(192) Künne, Anm.5b zu § 1 AVglO.

(193) Bley, Anm. 9a zu § 3 / Künne, Anm. 5c zu § 1 AVglO.

(194) wobei früher streitig war, ob hierunter auch der Liquidationsvergleich fiele, RGZ 143, 347.

(195) Künne, Anm.5d zu § 1 AVglO: der Erlaß ist - § 9 - durch die pünktliche Erfüllung aus dem Vergleich auflösend bedingt.

dessen Erfüllung aus der Hand genommen sind. Deshalb wird u. U., sofern nicht besondere Sicherheiten für die Vergleichserfüllung verfügbar sind (gerade im Gesellschaftsvergleich durch ein zusätzliches Eintreten der Gesellschafter), ein solcher Vergleich mit einer sog. Sicherungstreuhand (196) verbunden, d.h. es werden aus dem Vermögen des Schuldners bestimmte Stücke einem Treuhänder fiduziarisch mit der Maßgabe übereignet, daß aus ihnen bei Nichterfüllung die Gläubiger hinsichtlich der Quote zu befriedigen seien. Freilich ist diese Form nicht sehr sinnvoll, denn, wenn das Treugut auch nur für die Quote haftet, so ist doch inzwischen der Teilerlaß wegen Schuldnerverzugs weggefallen. Es erscheint daher zweckmäßig, einen anderen Zeitpunkt für die Verwertung des Treugutes zu vereinbaren, damit nicht gemäß § 9 I zu Ungunsten des Schuldners die Vergleichsschranken entfallen, obwohl wegen der Sicherung die Möglichkeit pünktlicher Befriedigung besteht. Allerdings wird die tatsächliche Lage dem Schuldner nur selten eine solche Sicherungstreuhand gestatten. Einmal werden oft Absonderungs- oder Aussonderungsrechte entgegenstehen, bei Grundstücken kann die Übertragung auf den Treuhänder - Grunderwerbssteuer! - zu teuer kommen, und endlich muß ja, ehe das Gericht den Vergleichsvorschlag mit dieser Maßgabe zuläßt, feststehen, ob die Befriedigung der von dem Vergleich nicht betroffenen Gläubiger nicht gestört ist.

2. Auf der anderen Seite stehen die Vergleiche, bei denen der Schuldner selbst die Erfüllung der Quote nicht oder doch nur unter der Überwachung einer dritten Person besorgt.

a. Die letzte Form ist in der VglO selbst als Überwachung der Vergleichserfüllung durch einen Sachwalter geregelt, § 91. Dies stellt eigentlich nur eine Sonderform der in § 96 behandelten Fortführung des Vergleichsverfahrens dar, bei der der Vergleichsverwalter selbst die Erfüllung überwacht, wobei auch der Gläubigerbeirat seine bisherige Stellung nebst allen Kontrollrechten beibehält (197); dies geht auch aus § 98 I hervor. In diesem Verfahren ist die Stellung des Schuldners gegenüber dem Vergleichsverwalter unverändert, es besteht die Möglichkeit von Verfügungsbeschränkungen etc., und zwar sowohl bei der gesetzlichen als bei der vereinbarten Überwachung, §§ 91, 94. Da die Erfüllung, mit Ausnahme des § 92 V, Sache des Schuldners allein ist - bei einem Treuhandvergleich kann, da ohnehin der Treuhänder als

(196) Bley, Anm.10 a zu § 3.

(197) Bley, Anm.1 zu § 96 / Vogels-Nölte, I 2 zu § 96.

Dritter die Vergleichserfüllung leitet, eine Vergleichsüberwachung nicht in Frage kommen (198) - gehört die Überwachung nicht zu den sog. Treuhandvergleichen. Denn hierunter ist nur der Vorgang zu verstehen, daß der Schuldner einem Dritten (Treuhandler) sein Aktivvermögen oder einen Teil davon mit der Maßgabe übereignet, daß der Treuhänder, je nach dem Inhalt des in Erfüllung eines Vergleiches abgeschlossenen Treuhandvertrages, die Vermögensstücke des Schuldners zu verwerten, als Sicherheit zu verwahren oder ihre Erträge zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden hat (199); hierzu gehört auch die sog. uneigentliche Treuhand, bei welcher dem Treuhänder ohne Übereignung das ausschließliche Verfügungsrecht über das Treugut eingeräumt wird. Demzufolge haben die beiden Formen der Vergleichsüberwachung mit der Treuhand nichts zu tun, wiewohl die Abwicklung des Vergleichs unter fremder Leitung steht.

b. An dieser Stelle soll noch kurz auf den soeben definierten Treuhandvergleich eingegangen werden. Seine Grundlage ist eine doppelte, nämlich der Zwangsvergleich selbst und der Treuhandvertrag (200) (201). Versprochen wird von dem Schuldner zweierlei, nämlich eine bestimmte Quote, und die zu diesem Zwecke gedachte Übertragung von genau bezeichneten Vermögensstücken sowie der Abschluß eines Vertrages mit dem Treuhänder. Dieser Vertrag wird zugunsten der Gläubiger abgeschlossen (202), ferner werden darin die Modalitäten der Tätigkeit des Treuhänders festgelegt sowie u. U. die Bestellung einer Treuhändergrundschild, von der der Treuhänder nur zugunsten der Gläubiger Gebrauch machen darf (203). Die schon oben erwähnte uneigentliche Treuhand wird oft aus steuerlichen Gründen gewählt (204). Im einzelnen interessieren hier Fragen des Treuhandvergleichs

(198) Bley, Anm.5 zu § 96.

(199) Künne, Anm. 5 f zu § 1 AVglO.

(200) weil fast regelmäßig der Liquidationsvergleich Treuhandvergleich ist, hielt man die beiden früher für identisch, vgl. Kiesow, Anm.17 vor § 5 / Emmerich, S.136-137.

(201) Vogels-Nölte, VII zu § 7 / Böhle-Stamschräder, Anm.3 zu § 7 / Kiesow, Anm.18-29 vor § 5 / Jaeger, Anm.3 zu § 174 KO: die Wirksamkeit des Treuhandvertrags unterliegt den gl. Bedingungen wie der Vergl.

(202) Künne, Anm.5 e zu § 1 AVglO / Kiesow, Anm.21 vor § 5 / Vogels-Nölte, IV 2 b zu § 7 / RGZ 117,149.

(203) RGZ 117,149.

(204) Bley, Anm.10 a zu § 3 / Kiesow, Anm.22 vor § 5 / Künne, Anm.5 g zu § 1 AVglO.

nur insoweit, als dieser Bestandteil irgendeiner anderen Vergleichsform ist, denn der Treuhandvertrag ist nicht Gegenstand der VglO, sondern nur der abzuschließende Vergleich. Zu der Sicherungstreuhand wäre noch ergänzend zu sagen, daß sie keine selbständige Vergleichsform, sondern eben nur eine Sicherstellung der Vergleichserfüllung ist (205). Die Verwaltungstreuhand ist dagegen, wie bereits erwähnt, eine eigene Vergleichsform für sich. Bei Treuhandvergleichen sollte man von dem Schuldner nicht nur fordern, die Gegenstände des Treuguts genau zu bezeichnen und anzugeben, ob die Befriedigung der vom Vergleich nicht betroffenen Gläubiger gesichert ist, sondern auch, daß ein festes Zahlungsziel oder bestimmte Raten vorgeschlagen werden. Fallen nämlich die Vergleichsschranken weg - bei der Verwaltungstreuhand nur auf Grund Schuldnerverzugs, nicht aber bei Verzug des Treuhänders -, so bleiben die den Gläubigern bestellten Sicherheiten bestehen (206). Zu ihnen gehört auch das Treugut. Also dauert die Verwaltungstreuhand fort, und den Vergleichsgläubigern ist mangels fester Zahlungstermine der Zugriff auf das Treugut versperrt (207); es bleibt ihnen nur der Konkursantrag, um zu einer Verwertung des Treuguts zu gelangen, wobei überwiegend angenommen wird, in diesem Falle stehe den Gläubigern kein Recht auf abgesonderte Befriedigung (am Treugut) zu (208). Unter Umständen kann die Auslegung eines solchen Vergleiches noch dahin führen, daß der Schuldner seine Haftung für die Erfüllung des Vergleichs auf das Treugut beschränkt hat, mit dem Ergebnis, daß die Gläubiger auch in sein sonstiges Vermögen nicht vollstrecken können. Im Vergleichsverfahren über das Vermögen einer OHG oder KG ist allerdings das Privatvermögen der Gesellschafter kein "sonstiges Vermögen" des Schuldners in diesem Sinne, was ich nicht näher zu begründen brauche. Wie aber schon oben ausgeführt, ergibt § 109 Nr.3, daß die aus dem Vergleich sich ergebenden Schranken auch für die Haftung der Gesellschafter gelten (209).

c. aa) Es bleibt nun noch, außer dem unter d) abzuhandelnden Beteiligungsvergleich, der Liquidationsvergleich. Er ist in § 7 IV dahin definiert, daß der Schuldner sein Vermögen - gemeint ist das Aktivvermögen - ganz oder zum Teil den Gläubigern zur Verwertung mit der Maßgabe überläßt, daß der durch die Verwertung nicht gedeckte Teil der Forderungen erlassen sein soll, wobei der Schuldner aber eine Quote von mindestens 35% verspricht (210).

(205) Bley, a. a. O. / vgl. auch OLG Breslau, KuT 41, 92.

(206) Bley, Anm. 15 c zu § 9.

(207) RG, SeuffA. 88, Nr. 63.

(208) vgl. z. B. RGZ 145, 256 / Jaeger, KuT 27, 161.

(209) vgl. oben II B 1

(210) Künne, Anm. 5 e zu § 1 AVglO.

Damit ist eine Unklarheit der VglO von 1927 überwunden, nach der der § 6 - Bestimmung einer Mindestquote von 30% bei ziffernmäßig bestimmtem Teilerlaßvergleich - auf Liquidationsvergleiche nicht anwendbar war (211); deren Definition lautete damals, Liquidationsvergleich sei ein Versprechen des Schuldners, einem Dritten sein Vermögen oder einen Teil seines Vermögens (212) zur bestmöglichen Verwertung für die Gläubiger zu überlassen, wogegen diese den Betrag ihrer Forderungen, der durch die Verwertung nicht gedeckt wurde, erließen (213). Ein bei Manasse-Levi (214) zitiertes Urteil des LG Essen wurde zu dieser Zeit zwar i. S. einer Änderung der VglO begrüßt, vom Standpunkt des damals geltenden Rechts aber abgelehnt, da mangels einer gesetzlichen Regelung der so definierte Liquidationsvergleich grundsätzlich kein ziffernmäßig bestimmter Teilerlaßvergleich war. Diese Auffassung führte so weit, daß das RG (215) ausdrücklich in einem Fall, in welchem der Schuldner einen Liquidationsvergleich mit ziffernmäßig bestimmtem Erlaß vorschlug, die Meinung ausräumen mußte, es handele sich trotzdem nicht um einen Erlaßvergleich.

Ist es heute unzulässig, einen Liquidationsvergleich ohne Mindestquote anzubieten, so ist erst recht der von Jaeger (216) für den Zwangsvergleich nach der KO zwar nicht günstig beurteilte, trotzdem aber für zulässig gehaltene concordat par abandon de l'actif nicht möglich, denn diese Vergleichsform sieht vor, daß der Schuldner einen Liquidationsvergleich abschließt, bei dem er sich seines restlichen Aktivvermögens begibt, wobei die Gläubiger diese Entäußerung an Erfüllung statt als Vergleichsleistung annehmen (217). Der Liquidationsvergleich wurde und wird zum Teil noch als Privatkonkurs bezeichnet (218). Dies ist teilweise nur das Fazit aus seiner Wirkung, teil-

(211) Kiesow, Anm. 2 zu § 6 / Samolewitz, Anm. 8 zu § 5 / Anm. 1 zu § 6 / Muster 9 auf S. 158, 159 / Jaeger, DJZ 27, 1317 / Emmerich, S. 137.

(212) OLG München, HRR 36, Nr. 904.

(213) Kiesow, Anm. 17 vor § 5 / Mayer, KuT 30, 169 / RGZ 143, 348 mit weiteren Nachweisen / RGZ 146, 142.

(214) S. 98.

(215) RGZ 143, 348 / Kiesow, Anm. 2 zu § 6 / Schumann, KuT 32, 121 (aber für eine Art Stufenvergleich).

(216) Anm. 3 b zu § 174 KO / Mayer, a. a. O., S. 170, 171.

(217) Klien, KuT 29, 99 hielt schon damals aus diesem Grunde den concordat für unzulässig.

(218) Kiesow, Anm. 17 vor § 5 / Samolewitz, Anm. 8 zu § 5 / Manasse-Levi, S. 37 u. 99 / Pick, KuT 27, 65 (Zitat von KG, Beschl. v. 12.1.26) / KG, KuT 29, 137 / Baur, S. 282 / Hodemacher, KTS 56, 80 / Bley zu OLG Naumburg, ZAkadDR 38, 102.

weise aber auch als Kritik in dem Sinne zu verstehen, daß der Schuldner, der doch immerhin konkursreif ist, trotzdem die Vergünstigungen eines Vergleichs für sich in Anspruch nimmt (219), die für ihn in erster Linie in dem Fehlen einer nachträglichen Weiterhaftung bestehen. Der Liquidationsvergleich wird seit geraumer Zeit als zulässig angesehen (220); der Streit hierüber ist, soweit er den konkursabwendenden Zwangsvergleich betraf, durch die Regelung des § 7 IV historisch geworden. Seine Gestalt hat sich, gegenüber der früheren, oben bereits mitgeteilten Definition auch insofern gewandelt, als nicht unbedingt, d.h. wesensmäßig, der Abschluß eines Treuhandvertrags gefordert wird (221), sondern lediglich die Aussonderung der genau zu bezeichnenden Liquidationsmasse aus dem Vermögen des Schuldners. Dies muß, wie Bley (222) zu Recht bemerkt, schon vor der Bestätigung des Vergleichs geschehen, da das Verzeichnis der Liquidationsmasse ein Teil des Vorschlags ist, über den abgestimmt wird. Der gesetzgeberische Grund dafür, daß bei Verzug mit der Zahlung aus der Liquidationsmasse nur die Forthaftung des Schuldners für den Unterschiedsbetrag eintritt, liegt darin, daß der Schuldner hierfür nicht mehr verantwortlich ist (223). Diese Feststellung ist dahin zu ergänzen, daß es nicht nur auf die Verantwortlichkeit des Dritten für die Verwertung der Masse ankommt, sondern in erster Linie darauf, daß der Schuldner seine Hauptpflicht aus dem Vergleich erfüllt hat, wenn das Vermögen ordnungsgemäß ausgesondert ist und die Verwertung ungehindert stattfinden kann. Auch enthält der Liquidationsvergleich zwingend die Abrede, der durch Verwertung nicht gedeckte Teil sei erlassen; dies liegt im Wesen des Liquidationsvergleichs. Allerdings ergibt sich daraus, daß nach § 7 IV 35% die unbedingte Grenze für einen Erlaß sind, daß das Erfordernis der Forthaftung für den Unterschiedsbetrag ebenso unabdingbar ist, was auch für die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen gilt. Daraus, daß der durch die Verwertung nicht gedeckte Teil der Forderungen erlassen sein soll, ergibt sich aber auf der anderen Seite, daß ein Überschuß über die gebotene Mindestquote trotzdem den Gläubigern verbleibt. Dieser Fall wird, schon wegen des § 18 Nr.3, selten sein. Anhand der letztgenannten Vorschrift muß das Gericht auch prüfen, ob die Befriedigung der nicht betroffenen Gläubiger gesichert ist, d.h. gibt der Schuldner sein gesamtes Aktivvermögen zur Liquidation hin, daß diese Gläu-

(219) Neeße, KuT 30, 105.

(220) Kiesow, a.a.O. / Jaeger, Anm.3 zu § 174 KO / Emmerich, S.134.

(221) vgl. noch z.B. die Definition bei Manasse-Levi, S.37.

(222) Anm.10 a zu § 7.

(223) so auch Künne, Anm.5e zu § 1 AVglO.

biger aus dieser Liquidationsmasse befriedigt werden können (224). Hier ist gerade beim Vergleich über das Vermögen einer OHG oder KG das Privatvermögen der Gesellschafter wichtig, und es sollte, mindestens im Hinblick auf die Forthaftung für den Unterschiedsbetrag, gefordert werden, daß auch dieses Privatvermögen dem Gericht und den Gläubigern bekanntzugeben ist.

Im übrigen gilt Ähnliches wie bei der Verwaltungstreuhand, insbesondere, daß der Liquidationsvergleich schon seinem Charakter nach die Haftung des Schuldners mit Ausnahme derjenigen für die Mindestquote auf die Masse beschränkt (225). Es besteht auch hier die Notwendigkeit, im Interesse der Bestimmtheit des Vergleichsvorschlags und wohl auch unter dem Gesichtspunkt des § 79 Nr.4 bestimmte Raten anzubieten, mindestens aber einen äußersten Zeitpunkt für die Verwertung der Masse (226).

Die Gefahren eines diese Punkte nicht enthaltenden Vergleichs hat Bauer (227) zutreffend aufgezeigt; auch das Reichsjustizministerium hat die Industrie- und Handelskammern angehalten, auf feste Raten zu dringen (228).

Aus der Liquidationsmasse sind erst die nicht betroffenen, dann die Vergleichsgläubiger zu befriedigen; und zwar diese, soweit der Vergleich in zulässiger Weise nichts anderes bestimmt, gleichmäßig. Es sind die üblichen Fragen wegen aufschiebend bedingter oder auch bestrittener Forderungen, in der Regel durch Rückstellung bestimmter Beträge zu bewältigen. Es ist also eine Verteilung der Liquidationsmasse wie im Konkurs (229).

bb) Will man den Liquidationsvergleich als Vergleichsform und als Vergleichsziel bewerten, so muß, entsprechend dem Thema dieser Arbeit, grundsätzlich derjenige Liquidationsvergleich außer Acht gelassen werden, bei dem eine Sanierung noch möglich ist, weil nur ein Teil des Vermögens liquidiert wird.

1. Die Verwandtschaft zum Konkurs zeigt der Liquidationsvergleich nicht nur darin, daß er eine fest abgegrenzte Teilungsmasse kennt (230), ferner darin, daß bei der Prüfung der Ablehnungsgründe, wie noch näher darzustel-

(224) Bley, Anm.10 b zu § 7.

(225) Bley, Anm.5 zu § 9.

(226) Künne, Anm.5 e zu § 1 AVglO.

(227) Betrieb 58, 237 / Tidow, KTS 56, 100 ff (101), Ziff. IX.

(228) die AV RJM, zitiert bei Bley, S.1112, ist vom 26.5.37 und veröffentlicht in DJ 37, 838, Nr.178.

(229) Künne, Anm.5 e zu § 1 AVglO / Bley, Anm.10 b zu § 7.

(230) die keine Stichtagsmasse ist, Künne, Anm.5 zu § 1 AVglO.

len sein wird (231), § 18 Nr.4 als Kriterium weitgehend ausscheidet; sondern vor allem offenbart sich in der sog. Liquidationsbilanz, d.h. der gemäß den §§ 4, 5 dem Vergleichsantrag beizufügenden Vermögensübersicht. Nach § 5 I 1 sind die Aktiva des Schuldners unter Angabe ihres Wertes anzuführen. Ihre Bedeutung gewinnt diese Vermögensübersicht also dadurch, daß sie neben der ohnehin mit dem Vergleichsantrag einzureichenden letzten Bilanz eigens im Hinblick auf das Vergleichsverfahren aufgestellt werden, und die Vermögensstücke nach dem Tageswert einsetzen muß (232). Dieser Tageswert muß nicht der Verkaufswert sein (233), sondern kann auch ein höherer Gegenwarts- wert sein, da "wie eine Vermögensbilanz der derzeitige Wert des Vermögens, und zwar gerade auch im Hinblick auf seine Liquidität", zu ermitteln ist (234). Deshalb hängt die Art und u. U. auch der Umfang der Verwertung davon ab, was der Schuldner nach seinem Vorschlag mit seinem Vermögen anfangen will, um die Gläubiger in Höhe der von ihm angebotenen Quote zu befriedigen und einen Vergleich zustandezubringen. Dies meint auch Bley (235), wenn er in bestimmten Fällen die gesondete Einbeziehung des Geschäftsbestehenswertes (good will) in die Vermögensübersicht zuläßt. So ist man, angesichts der Tatsache, daß die Vergleichsbilanz eine Zweckbilanz ist, dahin gekommen, daß, je nach der grundsätzlichen Richtung des Vergleichsvorschlags, mitunter auch je nach einzelnen, besonders vorgeschlagenen Verwertungs- formen des Schuldnervermögens oder einzelner Bestandteile hiervon, die Wer- te der Vermögensgegenstände wechseln, ohne daß dadurch der Grundsatz der Bilanzwahrheit verletzt wird (236). Des halb ist auch Knorr (237) der Ansicht, daß bei der Ermittlung des Zeitwertes, bei der stille Rücklagen oder erhöhte, der wahren Abnutzung nicht entsprechende Abschreibungen unterbleiben müs- sen - § 18 Nr.3 verbietet einen Sanierungsgewinn des Schuldners -, unter

(231) unten VII A.

(232) Bley, Anm.4 zu § 4 / Anm.2 zu § 5 / Vogels-Nölte, I zu § 5 / II zu § 5 / Künne, Anm.7 a zu § 3 AVglO.

(233) Bley, a. a. O. / RG, JW 31, 515 Nr.2: "Bei einer Lombardierung vom Wa- renlagern und Forderungen zwecks Sanierung eines annehmbar nur vor- übergehend in schwieriger Lage befindlichen Unternehmens darf eine Bank das für die übrigen Gläubiger freie Vermögen mit den im Falle ru- higer Abwicklung zu erwartenden Beträgen bewerten, nicht nur mit Zwangsverwertungserlösen." (zust. Hoeniger, JW 31, 516 (I 2)).

(234) Bley, Anm.11 b zu § 5.

(235) Bley, a. a. O.

(236) Berges, KTS 55, 6.

(237) Zum Aussagewert der Vergleichsbilanz, KTS 55, 12 ff (13).

dem Gesichtspunkt der Hoffnung auf Weiterführung des Unternehmens bewertet werden müsse; wohingegen, wie bei dem Konkurs, bei dem Liquidationsvergleich die Vermögenswerte als Veräußerungs-, oft als Verschleuderungswerte viel geringer seien (238). Deshalb sei auch für Auslaufleistungen wenig anzusetzen (239). Dennoch zeigt das Beispiel aus der "Frankfurter Allgemeinen Zeitung" vom September 1958 (240), daß diese Ausführungen als eine Regel zu gelten haben, die durchaus Ausnahmen erleidet. Daß hierzu aber außer einer geduldigen Gläubigerschaft, einem frühestmöglichen Vergleichsantrag auch die entsprechende Sicherung des Vergleichsergebnisses, und, last not least, ein sehr versierter Verwalter gehört, versteht sich; denn ein marktgerechter Preis ergibt sich bei dem Auslaufen eines Unternehmens erst nach Ablauf einer gewissen Zeit, innerhalb deren sich die Verhältnisse etwas stabilisiert haben. Das gleiche gilt in dem Fall, daß das gesamte Unternehmen veräußert werden soll.

2. Eine andere Ähnlichkeit zum Konkurs besteht darin: die Nichterfüllung oder der Verzug bei der Erfüllung der Quote haben nicht zur Folge, daß die Vergleichsschranken wegfallen; es sei denn, die Ursache dafür bestand darin, daß der Schuldner mit der Übereignung der für die Liquidation vorgesehenen Vermögensstücke selbst im Verzug war (241). Auch genießt der Liquidationsvergleich - was ihn in die Nähe des concordat par abandon de l'actif bringt - hinsichtlich der Aufhebung des Vergleichsverfahrens, wird es nach Bestätigung fortgesetzt oder überwacht, den Vorzug, daß der Schuldner nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht glaubhaft zu machen braucht, die Erfüllung oder die das Ende der Überwachung auslösende Bedingung sei eingetreten, §§ 95 S.3, 96 IV 2. Man sollte sich aber, um die durch die genannten Vorschriften heraufbeschworene Gefahr für die Erfüllung des Vergleichs und einen verspäteten Konkursantrag zu vermeiden, der Meinung von Bley (242) anschließen, wonach ein Aufhebungsbeschluß nur berechtigt ist, wenn der Schuldner nach seiner Vermögenslage imstande ist, den an der Quote fehlenden Betrag nachzuzahlen; denn ganz richtig geht Bley von der Tatsache aus, daß dies auch zur Erfüllung gehört. In diesem Fall darf also der § 96 IV 2 nicht ohne

(238) Künne, Anm. 7b zu § 3 AVglO / Herwarth Westerfelhaus, Aufgabe und Bedeutung der Liquidationsbilanzen, Betrieb 1952, 741 / Kottke, Die Konkursbilanz, Betrieb 1952, 437-438.

(239) Knorr, a. a. O., S. 23.

(240) Liquidation der Tuchfabrik Aachen AG.

(241) Bley, Anm. 4, 5 zu § 9.

(242) Bley, Anm. 14 zu § 96.

Abs. V dieser Vorschrift gelesen werden. Der Sachwalter - Treuhänder hätte also den Schuldner zu veranlassen, seine Fähigkeit zur Nachzahlung (243) darzutun. Die Glaubhaftmachung bleibt dem Schuldner ausdrücklich erspart. Das gleiche gilt für § 95, denn das Gericht kann nicht von der von Amts wegen zu treffenden Entscheidung über den Anschlußkonkurs absehen. So werden die an sich nachteiligen Vorschriften im Interesse der Gläubiger abgemildert. Hebt das Gericht das Vergleichsverfahren auf, ohne den Anschlußkonkurs zu eröffnen, so kann ein Gläubiger trotzdem die Konkurseröffnung beantragen, weil ja mit der Aufhebung die Konkursperre der VglO entfällt. Man wird auch dann das Vorliegen des Konkursgrundes - der normalerweise in diesem Zeitpunkt nicht gegeben ist - annehmen müssen, wenn die Fähigkeit des Schuldners zur Zahlung des an der Quote fehlenden Betrages nicht feststeht.

3. Stellen diese Überlegungen den Liquidationsvergleich in die Nähe des Konkurses, so spricht auf der anderen Seite die Erwägung dagegen, daß auf jeden Fall für eine Mindestquote von 35% gehaftet werden muß. In diesem Zusammenhang bedarf es keiner Erörterung der Frage, ob es nicht, wie von mancher Seite angenommen wird (244), angezeigt sei, den Liquidationsvergleich von dem Erfordernis der Mindestquote zu befreien. Man könnte allerdings diesen Vorschlag erwägen; denn die §§ 18 Nr.3, 79 Nr.4 könnten, insbesondere bei genügender Unterrichtung durch die Industrie- und Handelskammer, Sicherheit dagegen bieten, daß der Schuldner nicht den Vorteil des Forderungsnachlasses in Anspruch nimmt, während er soviel bietet, wie ein Konkurs ohnehin ergeben würde. Dies entwertet die Quote bei dem Liquidationsvergleich, wobei besonders zu beachten ist, daß maßgeblich weniger die prozentuale Höhe der Quote ist, sondern welche Zahlungsziele und welcher Verwertungszeitraum angeboten werden; hierdurch sinkt oft der Gegenwartswert der Quote (245).

4. Aber nicht nur die Quote ist es, die den Liquidationsvergleich als einen Modus der Insolvenzvereinigung erscheinen läßt, der doch dem Konkurs vorzuziehen ist, sondern es gibt auch noch weitere Argumente, insbesondere bei Jaeger (246), die zu seinen Gunsten ins Feld geführt werden. Hierbei steht an erster Stelle die Kostenersparnis im Vergleichsverfahren.

(243) vgl. hierzu Mohrbutter, KTS 55, 114 ff (116, 117).

(244) vgl. z. B. Bley, Anm. 2 zu § 7.

(245) Boesler, KuT 31, 18 / ferner Ziff. IX der AV RJM, vgl. oben Note (101).

(246) Anm. 16 zu § 173 KO /Kiesow, Einleitung, S. XVII.

Dies ist zunächst richtig, was die Gerichtskosten angeht. Sedes materiae sind die §§ 48 ff GKG. Eine Gegenüberstellung der für das Konkursverfahren geltenden §§ 49-56 GKG mit den das Vergleichsverfahren betreffenden §§ 57, 58 GKG zeigt, daß für die Durchführung des Konkursverfahrens das Dreifache einer vollen Gebühr - § 50 I i. V. mit §§ 49, 51 GKG -, für die Durchführung des Vergleichsverfahrens jedoch nur eine volle Gebühr - § 57 I i. V. mit §§ 49, 58 GKG - anfällt. Die Wertansätze für die Gebühren berechnen sich in beiden Verfahren zu verschiedenen Zeitpunkten - im Vergleichsverfahren zur Zeit der Eröffnung, § 58 GKG, im Konkursverfahren zur Zeit der Beendigung, § 51 III GKG, -, doch in der Regel nach der Schuldenmasse bzw. der Summe der Vergleichsforderungen, da diese regelmäßig die Aktiva überwiegen. Die Vorschriften der §§ 51, 57 GKG zeigen ferner im Vergleichsverfahren eine größere Vereinfachung der Gebühren gegenüber dem Konkursverfahren, bei dem nur im Fall der Einstellung vor Ablauf der Anmeldefrist des § 138 KO eine volle Gebühr erhoben wird, bei sonstiger vorzeitiger Beendigung - wobei aber das GKG den Zwangsvergleich nicht mit aufführt - aber zwei volle Gebühren. Zudem kennt das Vergleichsverfahren, anders als das Konkursverfahren, keine besondere - halbe - Gebühr für das Verfahren über den Antrag auf Eröffnung, § 49 GKG.

Endlich zeigt auch die AV des Reichsjustizministeriums vom 22.2.1936 (247) das Bestreben, die Kosten des Vergleichsverfahrens geringer zu halten, indem der Vergleichsverwalter grundsätzlich nicht mehr als 1/3 oder 1/5 der für den Konkursverwalter in A II 1 der AV vorgesehenen Vergütungssätze erhält. Hierbei ist allerdings das fortgesetzte Vergleichsverfahren nach § 96 nicht inbegriffen; aber auch für dessen Vergütung werden in B III 5 der AV Grenzen gezogen, zumal diese Vergütung als eine Art Erfolgshonorar aufgefaßt wird. Berechnet wird diese Vergütung in beiden Verfahren gleichmäßig, nämlich nach dem den Konkurs- bzw. Vergleichsgläubigern "zustehenden" Aktivvermögen, also der Teilungsmasse der KO oder den Aktiven gemäß § 5, soweit nicht die Aussonderung, abgesonderte Befriedigung oder Aufrechnung eingreifen.

Anwaltsgebühren entstehen im Konkursverfahren teils höher, teils niedriger als im Vergleichsverfahren. Sie betreffen in der Regel besondere Verfahrensabschnitte; eine allgemeine Pflicht zur Kostenerstattung gibt es nicht, man kann dies weder dem § 72 KO noch dem § 115 entnehmen.

5. Es ist nun noch zu untersuchen, wie ein Liquidationsvergleich auf das Bestehen einer OHG oder KG wirkt. Die Eröffnung des Vergleichsverfahrens ist gleichviel, welchen Vorschlag der Schuldner überhaupt einbringt - von Gesetzes wegen grundsätzlich ohne Einfluß hierauf; denn die Auflösungsgründe sind in § 131 HGB abschließend aufgezählt (248). Doch gilt es bei einem "vollkommenen" Liquidationsvergleich zu unterscheiden: Zunächst gibt es den seltenen Fall, daß es dem Schuldner oder dem Treuhänder gelingt, das ganze Unternehmen mit Firma, Aktiven und Passiven im Rahmen eines Vergleichs zu veräußern, was das Ende der Gesellschaft bedeuten würde (249). Der abzuschließende Vergleich müßte z.B. dahin lauten, daß der Erlös den Gläubigern ganz oder zum Teil als Quote zu zahlen sei. Daß ein Liquidationsvergleich, der, wie üblich, die Hingabe nur der Aktiva vorsieht, nach seiner Durchführung die Gesellschaft zwingt, sich aufzulösen - etwa, weil eine faktische Vollbeendigung des werbenden Unternehmens vorliege -, ist nicht notwendig (250). Der einzige Zwang zur Auflösung liegt in den entsprechenden gesetzlichen Gründen des HGB, so in der Möglichkeit, daß ein Gläubiger die Gesellschaft kündigt. Ein Konkurs ist - außer als Anschlußkonkurs - als Auflösungsgrund durch den Vergleich ausgeschlossen. Worin sollte also ein Zwang zur Liquidation oder Auflösung liegen? Die faktische Vollbeendigung durch Wegfall des Aktivvermögens löst auch nur dann das Erlöschen der Gesellschaft aus, wenn diese sich schon vorher aus einer werbenden in eine in Liquidation befindliche Gesellschaft umgewandelt hatte (251). Die Liquidation selbst aber - die übrigens mangels Aktiva nach einem "totalen" Liquidationsvergleich schon von ihrem Zweck her nicht möglich wäre, so daß nur der Ausgleich inter socios zu bewältigen bliebe (252) - tritt notwendig nur dann ein, wenn die Gesellschaft vorher aufgelöst ist (253). Die Gläubiger haben kein Recht darauf. Da sie eine Bereinigung der gesellschaftlichen

(248) Hueck, S.222.

(249) Staub-Pinner, Anm.8 a zu § 145 / Schumann, KuT 38,35 / beachte die Konsequenz bei Levy, KuT 31,141.

(250) h. M.: Böhle-Stamschräder, Anm.6 zu § 7 / Flechtheim, Anm.6 a vor § 145 HGB / Schumann, a.a.O. / etwas unklar Schmitz-Beuting, KTS 57,35 ff (38).

(251) Mentzel-Kuhn, Anm.5 zu § 209 KO / Schlegelberger-Geßler, Anm.6 zu § 131 HGB / Anm.8 zu § 144 HGB.

(252) RGZ 40,29 ff (30 ff) / Schlegelberger-Geßler, Anm.1 zu § 155 HGB.

(253) Staub-Pinner, Anm.2-3, 7-8 zu § 145 HGB / KG, OLG 42,76.

Verhältnisse im Hinblick auf das Gesamthandsvermögen schaffen soll, ist sie ein Institut nur im Interesse der Gesellschafter (254). Diesen Sätzen steht ein neues Urteil des BGH (255) gegenüber. Die Entscheidung befaßt sich hauptsächlich mit der Frage, wie weit und in welchen Grenzen nach einem Liquidationsvergleich der Gesellschaft ein Ausgleich der Gesellschafter hinsichtlich ihrer Kapitalkonten untereinander stattfindet. Demzufolge sind die Sätze, in denen sich der BGH zu einem Einfluß des Liquidationsvergleichs auf das Bestehen der Gesellschaft ausläßt, unter diesem Aspekt zu betrachten, insbesondere, was die Ausführungen zu den beiden ersten Leitsätzen angeht. Zu Leitsatz 3 sagt der BGH aber:

"Wird bei einer OHG durch den Liquidationsvergleich das gesamte Gesellschaftsvermögen zur Verwertung überlassen, so stellt der Abschluß des Liquidationsvergleichs die Auflösung der Gesellschaft, und die Durchführung des Vergleichs, nämlich die Überlassung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschaftsgläubiger, die Beendigung dar."

Für den darauf folgenden Satz, daß dann für eine (weitere) Abweichung kein Raum sei, hätte es dieser Prämisse nicht bedurft; auch nicht dafür, daß dieser Fall demjenigen zu vergleichen sei, in welchem nicht eine "normale" Liquidation statfinde, wo die vorherige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gefordert ist, während bei dem Liquidationsvergleich durch die radikale Veräußerung schon vorher die Ausgangslage für den internen Ausgleich gegeben sei. Die Wortwahl und die anschließenden Folgerungen des BGH zeigen also, daß er mit dem zitierten Satz genau das meint, was dieser wortwörtlich sagt.

Zu rechtfertigen ist die Ansicht des BGH nur dann, wenn man, wie auch schon früher Schumann (256), den Schluß zieht, dies sei durch § 131 Nr.2 HGB gedeckt. Nach dem § 109 muß ein - grundsätzlich - einstimmiger Gesellschafterbeschluß dem Vergleichsvorschlag zugrunde liegen (257). Aber schon der Beschluß, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu veräußern, gilt nur in der Regel als Auflösungsbeschluß, nicht aber, wenn gleichzeitig die Fortsetzung der Gesellschaft auf anderer Grundlage beschlossen

(254) Gierke, S.189 / Ritter, Anm.3 a zu § 145 HGB / Flechtheim, Anm.6 vor § 145 HGB / Staub-Pinner, Anm.7 zu § 145 HGB / RG, Warn 1933,

(255) Betrieb 1958, 79 = NJW 58, 299 = KTS 58, 11 Nr. 65.

(256) KuT 38, 34 ff (36).

(257) zu dem Auflösungsbeschluß der KG vgl. Weipert, Anm.22 zu § 131 / Anm.31 zu § 161 / Anm.1, 5 zu § 177.

wurde (258). Verpachtete z. B. die Gesellschaft ihren Betrieb, betreibt sie auch während der Pachtzeit kein anderes Handelsunternehmen, wollen aber die Gesellschafter sie nicht auflösen, so wird sie, vorerst für die Pachtzeit, zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, und kann aber nachher ihr Unternehmen als OHG fortsetzen (259). Die Nichterreicherung des Gesellschaftszwecks gehört nicht zu den Gründen des § 131 HGB, kann aber auch nicht analog auf die OHG oder KG angewendet werden (260).

Somit bleibt nur, wie bereits bemerkt, die Auslegung des den Vergleichsvorschlag enthaltenden Gesellschafterbeschlusses, insbesondere, ob in der Übertragung der Liquidationsmasse eine Auflösungswille der Gesellschafter liegt. Generell ist dies nicht zu beantworten (261). Liegt das Wesen der Auflösung mit nachfolgender Liquidation in dem Ende der werbenden Tätigkeit, so ist dies das Kriterium, nach welchem der jeweilige Liquidationsvergleich zu untersuchen ist. Dies hängt außer von dem Willen der Gesellschafter vielleicht davon ab, ob eine OHG oder KG ohne Gesellschaftsvermögen denkbar ist (262). Die §§ 105 ff HGB sprechen zwar davon und auch wie und woraus sich im Einzelfall das Gesellschaftsvermögen zusammensetzt, lassen diese Frage unbeantwortet. Unter Gesellschaftsvermögen soll nur ein Aktivvermögen, nicht aber der Komplex gegenseitiger Gesellschafteransprüche auf Ausgleich der Kapitalkonten verstanden werden. Zunächst hat der Fall auszuscheiden, daß noch rückständige Kommanditisteneinlagen da sind. Aber, selbst wenn dies der Fall wäre, so liegt ein - zwar nicht bilanzierbares - Aktivum in der stets vorhandenen, persönlichen, primären und unbeschränkten Haftung der offenen Teilhaber - was auch wohl ein Grund dafür war, daß die OHG und KG, anders als z. B. die GmbH, bei der Gründung bzw. Eintragung in das Handelsregister ein eingezahltes oder in Sachwerten vorhandenes Mindestvermögen nicht nachzuweisen brauchen. Im übrigen erzeugt jede Tätigkeit der Gesellschafter für den gemeinsamen Zweck automatisch Gesellschaftsvermögen, so daß der Schluß zu ziehen ist, daß ein schon vorhandenes Aktivvermögen keine Voraussetzung für das Bestehen einer OHG oder KG ist.

Es bleibt also der Wille der Gesellschaft auszulegen. Hierbei ist besonders interessant, daß zwar nicht nach dem Wortlaut des Gesetzes - § 18 Nr.4 ent-

(258) Weipert, Anm. 22 zu § 131 HGB (S. 261).

(259) Weipert, a. a. O. /KG JFG 14, 173.

(260) Hueck, S. 222 mit weiteren Nachweisen.

(261) Schumann, a. a. O.

(262) Hueck, S. 137.

hält keine ausdrückliche Bestimmung für diesen Fall -, so doch nach der herrschenden Lehre (263) der Richter einen Liquidationsvergleichsvorschlag nicht darauf zu untersuchen hat, ob bei der gebotenen Quote die Erhaltung des Unternehmens offenbar nicht zu erwarten ist. Bley (264) führt hierzu besonders aus, daß die Nichtanwendung des § 18 Nr.4 nicht davon abhängen könne, ob mit dem Vergleich nach dem Willen des Vergleichsvorschlags die Aufgabe des betreffenden Unternehmens verbunden sei oder nicht. Diese Ansicht - auf die noch näher eingegangen wird (265) - leitet sich zum Teil wohl auch daher, daß - wobei man § 18 Nr.3 (Angemessenheit der Quote) nicht außer Acht lassen darf - der Schuldner, der diesen "Privatkonkurs" wählt, gezwungen sein soll, eine möglichst hohe Quote anzubieten, soll der Vergleich nicht dem § 79 Nr.4 unterliegen. Aber geht man einmal von dieser Ansicht aus, die, wie Bley (266) ausführt, auch dann gelten soll, wenn der Schuldner bei seinem Vorschlag ausdrücklich das Fortbestehen seines Unternehmens wünscht oder voraussetzt, so ergibt sich hier nur ein - wenn auch sehr gewichtiges - Indiz für die Beurteilung eines solchen Vorschlages unter dem Aspekt eines Auflösungsbeschlusses i. S. des § 131 Nr.2 HGB; ihre eigentliche Bedeutung hat diese Ansicht eben nur dort, wo es um die speziellen Voraussetzungen eines Vergleichsverfahrens geht.

Doch spricht dies mit dafür, daß der auf einen "totalen" Liquidationsvergleich gerichtete Gesellschafterbeschuß in der Vielzahl der Fälle auch als Auflösungsbeschuß gewertet werden kann. Dies auch deshalb, weil Gesellschafterbeschlüsse keiner Form bedürfen und auch stillschweigend gefaßt werden können (267). Das gleiche gilt von einem Auflösungsbeschuß (268). Sofern der letztgenannte Beschuß in einem Liquidationsvergleichsvorschlag liegen soll, so darf dieser allerdings keine Maßnahmen zum Gegenstand haben, die eine Unterbrechung des Handelsgewerbes nur vorübergehend zur Folge haben. Es bleibt somit bei dem auch schon von Schumann (269) gewonnenen Ergebnis, daß es auf die Umstände des Einzelfalles ankommt, daß aber in sehr vielen Fällen in einem solchen Vergleichsvorschlag gleich-

(263) Bley, Anm.14 b zu § 18 / Vogels-Nölte, IV zu § 18.

(264) a. a. O.

(265) vgl. unten VII, insbesondere Ziff. C.

(266) a. a. O.

(267) Hueck, S.104, 105.

(268) Hueck, S.219.

(269) a. a. O., S.35.

zeitig auch der Auflösungsbeschluß liegen wird. Nach alledem gibt der oben zitierte Satz des BGH also nur eine gewisse Vermutung für den Willen der Gesellschafter, mehr nicht.

Auch dies rückt den Liquidationsvergleich in die Nähe der gesetzlichen Auflösungsgründe und bestärkt die Ansicht, es handele sich um einen Privatkonkurs und, was die Sanierung angeht, allenfalls um eine Randerscheinung. Die Prüfung des § 18 Nr.4 (270) wird sich nochmals hiermit befassen.

Es ist an dieser Stelle nochmals auf die Rolle der Quote zurückzukommen, die den Liquidationsvergleich gegenüber dem Konkurs nun doch mit höheren Garantien ausstattet. Über die Zweckmäßigkeit der Mindestquote läßt sich in diesem Fall streiten, auch darüber, daß § 79 Nr.4 insoweit als genügendes Korrektiv gelten könne. Unbestreitbar ist aber, daß, angesichts der niedrigeren Kosten des Vergleichsverfahrens, der Liquidationsvergleich mit Mindestquote einen Anreiz auch für die Gläubiger bildet. Auch wäre es nicht angebracht, für diesen Fall, was die Quote angeht, eine andere gesetzliche Regel aufzustellen, will man das Erfordernis der Mindestquote dann nicht ganz verlassen. Eine solche Vorschrift müßte nämlich außerordentlich zwischen verschiedenen Fällen differenzieren, soll sie der jeweiligen Lage eines beantragten Liquidationsvergleichs gerecht werden. Es ist, wie bereits gesagt, eine Frage der Formulierung, um dem Liquidationsvergleich trotz der schwächeren gesetzlichen Sanktionen für den Fall des Verzuges größere Sicherheit, insbesondere für die Einhaltung der Mindestquote, zu verleihen.

Die weiteren Vorteile, die Jaeger aufführt, fallen nicht entscheidend ins Gewicht: ob Kettenzusammenbrüche vermieden werden (271), hängt davon ab, welche Quote ein Vergleich bringt und, vor allem, wie bald; daß der Schuldner in andere Erwerbsbahnen gedrängt wird, ist kein besonderer Vorteil des Liquidationsvergleichs gegenüber dem Konkurs, denn das besorgt dieser genauso gut.

d. Es ist noch der Beteiligungsvergleich (272) zu würdigen (273). Auf die bereits oben wiedergegebene kurze Beschreibung wird verwiesen. Das grundsätzliche Modell - Neugründung einer Auffanggesellschaft, die die Geschäfte

(270) unten VII.

(271) vgl. hierzu auch Kiesow, Einleitung, S. XVIII.

(272) lt. Emmerich: "Umgründung" (S. 34).

(273) Spengler, a. a. O.: "Die echte Auffangges. muß auf den Zweck der Sanierung im Interesse der Gläubiger abgestellt sein."

des im Vergleichsverfahren gewesenen Unternehmens fortführt (274) - kann in mannigfacher Weise variiert werden. Auf die einschlägigen Beispiele bei Manasse-Levi, Samolewitz, Künne, Püschmann und dem RFH wird hingewiesen (275). In der Regel werden sich die bisherigen Gläubiger mit der ihnen gewährten Quote als Einlage an der Gesellschaft beteiligen, doch kommt dies auf die Gesellschaftsform an. Bei einer AG als Auffanggesellschaft ergeben sich z. B. Schwierigkeiten, was den Ausgabekurs der Aktien angeht; hier haben Manasse-Levi wohl den richtigen Weg gewiesen: Festsetzung entsprechend der Bilanz, bei Verwendung des Reingewinns (276). Interessant wegen seiner Kombination von Liquidations- und Beteiligungsvergleich ist das Beispiel bei Levi-Manasse, S. 89, Ziff. 1 (277): Moratorium, Aussonderung der Aktiven zur Verwertung unter Aufsicht, Auszahlung aus dem Verwertungserlös bis zu einer Quote von 50% (oder eine andere Quote); was darüber hinaus aus der Verwertung verbleibt, bringen die Gläubiger in die Auffanggesellschaft ein. Die wichtigsten, bei einem solchen Beteiligungsvergleich zu lösenden Fragen sind: In welcher Form macht der Schuldner den Restbestand seines Vermögens der neuen Gesellschaft dienstbar? In welcher Form und auf welcher Basis wird die Beteiligung der Gläubiger festgesetzt? Sollen diese sich überhaupt beteiligen oder soll dies ein Dritter tun (278), während die Gläubiger, die schon durch ihr Zuwarten die neue Gesellschaft finanzieren, auch als Geber eines partiarischen Darlehens oder stille Gesellschafter fungieren können? Wie sollen die Gläubiger ihre Quote erhalten, durch Raten aus den Einnahmen (279), durch Hergabe von Aktien, die innerhalb einer bestimmten Zeit in Höhe der verbliebenen Schuld realisierbar sein müssen, oder durch den dem Schuldner auferlegten Zwang, innerhalb einer bestimmten Frist die Anteile der Gläubiger anzukaufen?

Speziell gesellschaftsrechtliche Probleme ergeben sich nicht aus der Tatsache, daß die Auffanggesellschaft in Zusammenhang mit einem Zwangs-

(274) Bley, Anm. 11 zu § 3 / Samolewitz, Anm. 9 zu § 5 / Künne, Anm. 5 i zu § 1 AVglO.

(275) Manasse-Levi, S. 87, S. 89 ff / Samolewitz, Muster 10 / Künne, a. a. O. / Püschmann, a. a. O. / RFH, KuT 37, 141 / RG KuT 39, 21.

(276) S. 90 / Püschmann, a. a. O.

(277) s. auch RG SeuffA 88, Nr. 63.

(278) so Spengler, a. a. O.

(279) s. das Beispiel in RFH, KuT 37, 147 / Künne, a. a. O. / Spengler, a. a. O.

vergleich gegründet wird (280). Um es also zu wiederholen:

Der Modellfall sieht so aus, daß ein Dritter oder ein von den übrigen Gläubigern freigestellter Gläubiger ein gewisses Kapital, und der Schuldner seine letzten Aktiva einbringt, wozu auch die Geschäftsbeziehungen gehören, die alle zu den Gläubigern bestehen, so daß in dieser Hinsicht in gewisser Weise aus eigenem Interesse der Gläubiger für die Zukunft der neuen Gesellschafter gesorgt ist. Die Gläubiger bringen außerdem ihre Restforderungen als Gesellschaftereinlage ein, d.h. im Ergebnis dadurch, daß sie mit ihrem Erfüllungsverlangen zuwarten, und der Schuldner eben erst nach bestimmten Fristen leistet. Erfolgt die Befriedigung aus den Erträgen der neuen Gesellschaft, so muß der Schuldner nachher in die Lage versetzt sein, nach Erfüllung seiner Pflichten die Gesellschafteranteile der Gläubiger kostenlos zu übernehmen; andernfalls muß er diesen Betrag des Rückerwerbs der Anteile und der Leistungen aus der Gesellschaft (etwa in Form einer jährlichen Dividende) aufeinander abstimmen. In der Regel wird die GmbH als die haftungsmäßig und nach der geforderten Kapitaldecke geeignetste Gesellschaftsform gewählt (281).

Bei OHG und KG fungiert in einem solchen Falle die Gesellschaft als Teilhaber der Auffanggesellschaft; doch werden hierdurch die sich aus § 128 HGB ergebenden Pflichten der persönlich haftenden Gesellschafter nicht eingeschränkt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wenn die OHG oder die KG nach der Bestätigung des Vergleichs und der Übertragung ihres Vermögens auf die neue Gesellschaft sich auflöst, denn die Haftung der Gesellschafter dauert, auch wenn sie nicht mehr Teilhaber sind, gemäß § 159 HGB fort.

Der Beteiligungsvergleich ist, auch wenn die alte Gesellschaft, über deren Vermögen das Vergleichsverfahren eröffnet worden ist, der Auflösung verfällt, ein Sanierungsvergleich; denn es ist, wirtschaftlich gesehen, damit die Aufrechterhaltung des bisherigen Unternehmens erreicht.

3. a. Im außergerichtlichen Vergleichswesen gibt es noch den sog. Stufenvergleich, den Künne (282) dahin beschreibt, es handele sich darum, verschiedene Gläubigergruppen nacheinander in verschiedenen Stufen unterschiedliche Vergleiche anzubieten und auch abzuschließen. Dies ist etwas anderes

(280) Fragen bei der Übernahme der alten Firma durch die Auffanggesellschaft bei Spengler, a.a.O., S.26.

(281) Künne, a.a.O.

(282) Künne, Anm.5h zu § 1 AVglO / Trude, a.a.O., S.18-19.

als die auch bei den Vergleichen nach der VglO übliche und gemäß § 8 innerhalb der gesetzlichen Voraussetzungen auch zulässige Sonderbehandlung z. B. von Kleingläubigern (283). Innerhalb eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens muß ein einheitlicher Vergleichsvorschlag gemacht werden (284). Deshalb ist allenfalls, was noch zu erörtern ist, ein sog. Eventualvorschlag zulässig. Ein rein gerichtlicher Stufenvergleich - also das Aufeinanderfolgen zweier gerichtlicher Vergleiche - ist schon nach den Eingangsvorschriften der VglO und den Ablehnungsgründen des § 17 nicht möglich. Das Aufeinanderfolgen eines gerichtlichen auf einen außergerichtlichen Vergleich stößt auf dieselbe Schwierigkeit (285) (Mitteilungspflicht des Schuldners nach § 3!). Der umgekehrte Stufenvergleich ist möglich auf Grund der Vertragsfreiheit. Findet im gerichtlichen Vergleichsverfahren ein Nachverfahren statt, innerhalb dessen ein außergerichtlicher Vergleich abgeschlossen wird, so ist es Tatfrage, ob das Nachverfahren aufzuheben oder einzustellen ist. Denn in der Regel wird der erneute, außergerichtliche Vergleich notwendig sein, weil der Schuldner seinen Pflichten aus dem gerichtlichen Vergleich nicht nachkommt. Doch es können sich die Gläubiger auf Grund des neuerlichen Akkords für befriedigt erklären; dann muß das Gericht aufheben. Erforderlich ist aber das Einverständnis aller Gläubiger (286). Im Ganzen aber ist ein Stufenvergleich weniger empfehlenswert und praktikabel.

b. Die Frage ob ein Eventualvorschlag zulässig ist, hängt eng mit § 76 zusammen; sie ist umstritten. Gerade aus § 76 mag man auch den Schluß ziehen, ein Eventualvorschlag sei unzulässig, da man ihn u. U. nach Vertagung abändern könne (287). Bejaht wird sie im Anschluß an Jaeger (288) von Mentzel-Kuhn und Bley (289), verneint wird sie von Schumann und Vogels-Nölte (290). Bley räumt ein, daß bei unterschiedlichen Vorschlägen regel-

(283) hierzu vgl. Bley, Anm. 27 zu § 8.

(284) Künne, a. a. O. / Trude, a. a. O. / Schmitz-Beuting, S. 39 / Strotzki, a. a. O.

(285) vgl. Künne, Anm. 5 k zu § 1 AVglO.

(286) Bley, Anm. 5 a zu § 82.

(287) hierzu vgl. LG Kiel, JW 36, 1156 Nr. 64 / Bley, Anm. 15 zu § 3 / Bley, Anm. 15, 17, 19 zu § 66 mit weiteren Nachweisen / Anm. 5 a bis c zu § 82 zur nachträglichen Verschlechterung / Schumann, KuT 30, 192.

(288) Anm. 1 zu § 174.

(289) Mentzel-Kuhn, Anm. 1 zu § 174 / Bley, Anm. 19 zu § 66 / Böhle-Stamschräder, Anm. 1 zu § 7 / a. A. zum außergerichtlichen Vergleich: Künne, Anm. 51 zu § 1 AVglO.

(290) Schumann, KuT 41, 51 / Vogels-Nölte II 2 zu § 3.

mäßig einer unzulässig sei - denn einer ist notwendig unangemessen i. S. des § 18 Nr.3 -, was den gesamten Vorschlag zu unbestimmt macht. Es soll hier aber den praktischen Argumenten von Bley gefolgt werden, der einen Vorschlag mit eventuellem Wegfall gewisser Sondervergünstigungen für zulässig hält, so daß eine Vertagung auch ohne die Erfordernisse des § 76 vermieden wird. Dies ist richtig, denn die angebotene Quote entspricht der Vermögenslage des Schuldners in dem einen wie in dem anderen Fall, es dreht sich nur um Vorrechte i. S. des § 8. Generell wird man sich, wie Schumann es tut, nicht gegen einen Eventualvorschlag wenden können; es kommt eben, wie das Beispiel von Bley zeigt, auf den Einzelfall an.

C. Die Erfordernisse eines Vorschlags, der eine der oben geschilderten, zulässigen Vergleichsformen zum Gegenstand hat, sind: Bestimmtheit von Antrag und Vorschlag, Einhaltung der Mindestquote, Gleichbehandlung aller Gläubiger.

1. Über das Problem der Bestimmtheit des Vorschlags (291) ist hier nicht zu handeln. Es hat mit dem Ziel der Sanierung nur wenig zu tun. Bestimmt muß der Vorschlag sein, damit der Schuldner sich nicht den Vergleich durch Verschleierungsmanöver oder Hintertüren erschleicht.

2. Die Gleichbehandlung (292) kann und wird auch in gewissen Grenzen des § 8 außer Acht gelassen; so werden in der Regel die sog. Kleingläubiger mit Zustimmung der übrigen voll entschädigt. Das Gebot der Gleichbehandlung ist nach der Rechtsprechung des BGH (293) dann verletzt, wenn verschiedene Gläubiger unter Umgehung des Abs. II wirtschaftlich verschieden behandelt werden, und wenn es dann - im Gegensatz zu der sehr weitgehenden Rechtsprechung des RG (294) - auch zu einem Vergleich kommt (295). Mehr hierzu erübrigt sich, da die Frage der Gleichbehandlung mit dem Charakter der VglO als Sanierungsgesetz nichts zu tun hat.

(291) hierzu Bley, Anm. 13 zu § 3 / Künne, Anm. 2 zu § 48 AVglO / Manasse-Levi, S. 82 / Trude, a. a. O.

(292) RGZ 153, 395 ff (bes. S. 398) / Jaeger, Anm. 8 zu § 181 KO / Künne, § 49 AVglO.

(293) BGHZ 6, 322 ff / BGH, Betrieb 52, 823 / Vogels-Nölte, Anm. 4 zu § 8 / Jaeger, Anm. 4 zu § 181 KO.

(294) RGZ 70, 22 / 78, 183 / JW 31, 2117 / Kiesow, Anm. 8 zu § 5.

(295) BGHZ 6, 322.

3. Die Zweckmäßigkeit der Mindestquote wurde in dieser Arbeit schon verschiedentlich erörtert. In der Praxis entstehen z. B. Fragen hinsichtlich der Errechnung der Quote, so darum, wann sie statt in Bruchteilen der Forderungen in Summen anzugeben ist (296). Diese Fragen müssen hier ausscheiden; es gilt das unter Ziff. 2 Gesagte. Die Zweckmäßigkeit wird von Jaeger von vornherein verneint, insbesondere auch deshalb, weil dadurch ein nicht gerechtfertigter Unterschied zwischen dem Vergleich nach der VglO und demjenigen nach der KO geschaffen werde (297). Der letztgenannte Beweisgrund schlägt nicht durch, denn nicht nur das Ziel, sondern auch der Ansatzpunkt beider Vergleichsverfahren ist verschieden. Das sieht man schon an § 188 KO, dessen Auslegungsgrundsätze leider auch von der h. M. auf § 79 Nr. 4 übertragen worden sind: der Zwangsvergleich nach der KO soll wirklich nur "beenden", d. h. ein Schlußstrich soll gezogen werden, es soll aber nicht die Basis für ein neues Verhältnis zu den Gläubigern geschaffen werden. Zwar weist Bley (298) darauf hin, daß durch das Erfordernis der Mindestquote in Krisenzeiten eine Flucht in den außergerichtlichen Vergleich erreicht werde. Dem ist entgegenzuhalten, daß in solchen Zeiten die VglO ohne eine Mindestquote dann als Instrument für den Abschluß höchst fragwürdiger Liquidationsvergleiche mißbraucht würde; die Gefahr ist, angesichts der Sonderbehandlung des Schuldners in § 9 für diesen Fall, ohnehin groß genug. Bei einem auf Sanierung gerichteten Verfahren muß aber immer die Prüfung gemäß § 18 Nr. 4 geleistet werden (299), weshalb es eines festen Maßstabs in Form der Quote bedarf. Allein mit dem Hinweis auf § 18 Nr. 2 (300), der dem § 187 KO, also einer Vorschrift aus einem anders gearteten Verfahren, nachgebildet ist, kann man den Erfordernissen eines Sanierungsverfahrens nicht gerecht werden (301). Das Gleiche gilt auch für die Erwägungen, die § 79 Nr. 4 als alleiniges Korrektiv gelten lassen wollen, zumal, wie schon betont, die Auslegung dieser Vorschrift ganz aus dem Gedankengut der KO entnommen ist (302) und, wie noch darzulegen ist, den Nrn. 3 und 4 des § 18 widerspricht.

(296) Boesler, a. a. O.: "Bei zinsloser Stundung sinkt der Gegenwartswert der Quote. Also ist die Quote nur summenmäßig zu berechnen."

(297) Anm. 3 zu § 187 KO / Jaeger, DJZ 1927, 1317.

(298) Anm. 2 zu § 7 / vgl. auch Kiesow, Anm. 1, 2 zu § 6.

(299) Künne, Anm. 4 zu § 51 AVglO.

(300) Bley, a. a. O.

(301) zur ratio des § 187 KO vgl. Jaeger, Anm. 2 zu § 187 KO.

(302) Jaeger, Anm. 6 zu § 188 KO.

VII. DIE VglO ALS SANIERUNGSGESETZ: § 18 Nr.3 und Nr.4

Durch diese beiden letztgenannten Vorschriften wird die VglO eindeutig als Sanierungsgesetz gekennzeichnet. Vorher gab es den § 22 Nr.4 VglO a.F., der allerdings dem Wortlaut nach nur den heutigen § 18 Nr.2,3 enthielt. Doch sagte schon damals Samolewitz (303), daß bei der Beurteilung, ob der Vergleich angemessen sei, es auch auf die Aussichten des Unternehmens ankomme, während Lucas (304) in seiner Wiedergabe der amtlichen Begründung zu § 22 Nr.4 den breiteren Raum dem verzögerten Vergleichsantrag widmet und die Frage der Angemessenheit nur von dem Gesichtspunkt aus beurteilt, daß dieses Erfordernis dazu diene, festzustellen, ob der Schuldner seinen Vorschlag ernst meine und nicht nur durch unangemessene Vorschläge einem Konkurs entgehen wolle; aus dieser Sicht heraus sagt auch Cahn (305), über setzte Vergleichsquoten ... schädigten die Interessen der Gläubiger.

A. Die Frage der Angemessenheit (306) ist immer - mit Ausnahme des Liquidationsvergleichs, bei dem dies streitig ist - unter dem Aspekt des § 18 Nr.4 zu prüfen (307), d.h.:

1. Der Schuldner soll sich nicht durch ein zu geringes Angebot an dem Vergleich bereichern, er soll auf der anderen Seite sein Angebot nicht überhöhen (308), einmal, um nicht die Gläubiger arglistig zu einem Vergleich zu bewegen, zum anderen soll er durch eine zu hohe Quote nicht das Sanierungsziel vereiteln (309). Es gibt also, vorbehaltlich der bereits genannten und noch zu erörternden Ausnahme - keine kalkulatorische Quote, die sich nur aus der Gegenüberstellung von Aktiv- und Passivvermögen, bei Berücksichti-

(303) Anm.8 zu § 22 / nur andeutend Kiesow, Anm.12 zu § 22.

(304) S.71 (Begründung zu § 22).

(305) JW 28 1118.

(306) vgl. Wassermann, a. a. O.: "In dem schweizer 'Nachlaß'verfahren wird die Genehmigung dafür nur erteilt, wenn ... zwischen der zur Abfindung angebotenen Summe und den Hilfsmitteln (s.c. des Schuldners) Proportionalität besteht".

(307) Bley, Anm.9b, 13 zu § 18 / Künne, § 48 I 1 AVglO.

(308) vgl. aber noch Manasse-Levi, S.79: "Positiv läßt sich nur sagen, daß der Schuldner das Höchste an Opfern zu bringen hat, um den Verlust der Gläubiger auf ein Mindestmaß zu begrenzen."

(309) Bley, Anm.9 zu § 18: "Rechtsordnungszweck".

gung der voll zu befriedigenden Rechte, errechnete (310). Wegen der Einzelheiten, die bei dieser Beurteilung zu beachten sind, sei auf Bley verwiesen (311).

2. In § 18 Nr.4 ist die Ablehnung des Vorschlags für den Fall vorgeschrieben, daß ein Fortbestehen des in Vermögensverfall geratenen Unternehmens (312) "offenbar" nicht zu erwarten ist. Das Gericht kann angesichts dieses Wortlauts nicht verlangen - wie Paulsen (313) meint -, der Schuldner müsse den Nachweis erbringen, daß sein Betrieb im Kern gesund sei und die Unrentabilität abgestellt werden könne. Die komplizierte Prüfung, die das Gericht ohnehin schon auf Grund dieser Vorschriften anstellen muß, kann doch die vielen in Betracht kommenden Gesichtspunkte nur annähernd beurteilen. Die Richtlinien für die Gutachtertätigkeit der Industrie- und Handelskammern (314) sind zu diesem Punkt auch nur darauf abgestellt, die Gläubiger dazu anzuhalten, gesamtwirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Die Zusammenhänge eines in Vermögensverfall geratenen Unternehmens mit der Gesamtwirtschaft erstrecken sich zwar nicht nur auf die mit ihm verbundenen Lieferanten, Kunden und Arbeitnehmer (wobei letztere ohnehin schon bei der Abstimmung über den Vergleichsvorschlag ausfallen), sondern darüber hinaus über diese Personen auch auf Dritte, die mit diesen wiederum in Verbindung stehen. Es erscheint aber nicht richtig, diesen Gesichtspunkt, der zu der Schaffung der VglO geführt hat (315), nochmals für die Auslegung des § 18 Nr.4 einzusetzen (316). Denn das Gericht kann diese Zusammenhänge nicht überschauen, allenfalls kann die zuständige Industrie- und Handelskammer für ihren Bereich gewisse Hinweise geben, insbesondere, wenn es um die Erhaltung von Arbeitsplätzen geht. Gerade aber in Fällen wie dem letzteren werden Belange der Allgemeinheit von Staats wegen, z. B. durch Subventionen, wahrgenommen. Aber darüber hinaus ist es allein Sache

(310) Bley, Anm.9b zu § 18 / Vogels-Nölte, III zu § 18.

(311) Anm.10-12 zu § 18 / ferner Vogels-Nölte, a. a. O., IV zu § 18.

(312) mindestens müsse ein zu Gewinnzwecken mit sachlichen und Geldmitteln arbeitender Betrieb da sein, Bley, Anm.14a zu § 18.

(313) a. a. O. / unterschiedlich Berges, KTS 55, 6 / 55, 53.

(314) Bley, Anhang, S.1112.

(315) vgl. Zitat d. amtl. Begr., oben S.3.

(316) vgl. auch Neter, a. a. O., der den Zweck der Gläubigerbefriedigung besonders betont.

der Gläubiger, darüber zu befinden, ob es in ihrem Interesse liegt, das Unternehmen des Schuldners fortbestehen zu lassen. Hierbei müssen diese weiteren Zusammenhänge notwendig mitgeprüft werden, da die Gläubiger untersuchen müssen, wie sich das Fortbestehen oder der Untergang des Unternehmens des Schuldners auf ihren eigenen Betrieb auswirkt. Mit Recht betont Bley, daß es nicht Sache des Gerichts sei, das in dem Vergleichsvorschlag enthaltene kaufmännische Wagnis auszuloten (317).

Es bleibt also dabei, daß der Fortbestand des Unternehmens bei der gebotenen Quote offenbar gefährdet sein muß (318). Darauf, welche Umstände - von der Marktlage bis zu der arbeitsmäßigen Kapazität des Unternehmens - im einzelnen untersucht werden müssen, ist hier nicht einzugehen.

- B. § 18 Nr.4 wirft ein interessantes Licht auf die Auslegung des § 79 Nr.4. Das Kriterium dieser Vorschrift, aus der Literatur zur KO entnommen, ist, "ob die Masse im Konkursfall mehr bietet als auf Grund des Vergleichsverfahrens" (319). Das ist richtig gegenüber einem isoliert betrachteten § 18 Nr.3. Es ist aber nicht richtig gegenüber der Nr.4 (320). Bley (321) erhebt hierzu nur wirtschaftliche Bedenken. Zwar werden nach Eröffnung des Verfahrens sich wohl kaum noch neue Umstände herausstellen, die nachträglich den Fortbestand des Unternehmens verneinen lassen. Aber abgesehen von einem solchen Fall, wird man den einmal für angemessen erklärten Vorschlag nicht einfach verwerfen können. Man könnte zwar den § 79 Nr.4 als Druckmittel verwenden, um u. U. noch vor Schluß des Abstimmungstermins eine Verbesserung des Vorschlags zu erhalten, doch ist dies eher Sache der Gläubiger, nicht aber die des Gerichts. Auch kann ein Vergleichsvorschlag den Interessen bestimmter Gläubiger mehr dienen als anderen, ohne daß ein Verstoß gegen § 8 nachzuweisen ist. In diesem Fall empfiehlt sich die Anwendung des oben zitierten Grundgedankens des § 79 Nr.4. Man darf aber die Vorschrift als ein Korrektiv allenfalls ansehen, bei dessen Anwendung der Grundgedanke der VglO selbst und des § 18 Nr.3,4 immer beachtet werden muß, so daß das Ergebnis eines eventuellen Konkurses nicht als alleiniger Auslegungsmaßstab zu gelten hat; vielmehr muß in erster Linie - sofern es sich nicht um einen

(317) Anm.12 zu § 18.

(318) Eckert, a. a. O.

(319) so schon Kiesow, Anm.7 zu § 68 a.F. / Bley, Anm.11 a zu § 79.

(320) vgl. auch Emmerich, S.42: "Das Wesen des Vergleichs besteht aber nicht in der Liquidation des Unternehmens..."

(321) Anm.11 a zu § 79.

Liquidationsvergleich handelt - der Sanierung zum Durchbruch verholfen werden, deren grundsätzliches Verhältnis zur Liquidation sich gerade in diesem Falle entscheidet.

Alle diese Fragen lösen sich, wenn man das Interesse der Gläubiger als Leitbild richtig betrachtet (322). Es ist nämlich weitgehend dadurch gewahrt, daß sie es sind, die über den Vorschlag des Schuldners zu befinden haben. Demzufolge sollte die vielleicht höhere Quote eines Anschlußkonkurses, ohne daß einer der oben geschilderten Ausnahmefälle vorliegt, nicht zur Verwerfung des Vergleichs führen. Die höheren Kosten und die ganz andere Bewertung des Schuldnervermögens in dem Konkurs sollten ohnehin vor einem solchen folgenschweren Beschluß warnen. Der Verfasser hat selbst in einer Gläubigerversammlung erlebt, in welchem Ausmaß der Wert des Aktivvermögens davon abhängt, ob man sich zur Liquidation oder dazu entschließt, das Unternehmen fortbestehen zu lassen.

Es bleibt also dabei, daß § 18 Nr.4 seinem Wortlaut nach auszulegen ist, wenn man auch bei Prüfung der Unterlagen die gehörige Vorsicht walten lassen soll. Stimmt das Gericht nach Prüfung des § 18 Nr.4 der Eröffnung des Verfahrens zu und erklären sich die Gläubiger mit dem Vergleich für einverstanden, so ist - immer unter der Voraussetzung, daß es sich nicht um einen Liquidationsvergleich handelt - nach der Abstimmung der Gläubiger die Entscheidung über die Alternative: Liquidation oder Sanierung, gefallen. Dann kann § 79 Nr.4 nur noch mit den oben gemachten Einschränkungen angewendet werden.

- C. Es bleibt das Verhältnis zwischen § 18 Nr.4 und § 7 IV zu untersuchen. Die Tatsache, daß sich beide Vorschriften widersprechen würden, würde man § 18 Nr.4 unterschiedslos auf jeden Vergleichsvorschlag anwenden, rechtfertigt die Auslegung, daß grundsätzlich ein von dem Schuldner vorgeschlagener Liquidationsvergleich unter diesem Gesichtspunkt nicht zu prüfen ist (323), denn der Gesetzgeber war sich bei der Schaffung der neuen VglO der Bedeutung beider Vorschriften bewußt. Der Geltungsbereich der einen Norm schränkt den der anderen notwendig ein. Es ist aber streitig, wie weit dies geht. Man könnte dem Standpunkt von Bley (324), der den § 18 Nr.4 in allen Fällen eines Vorschlags nach § 7 Nr.4 ohne Ausnahme einengend aus-

(322) vgl. hierzu auch Samolewitz, Anm.6 zu § 68.

(323) vgl. auch Künne, Anm.5 zu § 3 AVglO.

(324) Anm.14 b zu § 18.

legen, d.h., überhaupt nicht anwenden will, entgegenhalten, daß eine Teilliquidation die Fortführung des Unternehmens nicht ausschließt, ja, geradezu beabsichtigt (325), daß andererseits bei einem Ratenvergleich mit sehr hoher Quote, bei dem der Schuldner den Wunsch nach Fortführung des Unternehmens nicht ausgesprochen hat, das Gericht trotzdem den § 18 Nr.4 anwendet. Es ist zwar richtig, daß das Gesetz dem Schuldner mit dem Liquidationsvergleich eine Möglichkeit zu einem Arrangement bei Beendigung des Unternehmens auch ohne Konkurs geben will. Das ist es wohl, was Bley meint, wenn er sich auf den rechtlich relevanten Zweck dieses Rechtsinstituts beruft. Man wird ihm also grundsätzlich zustimmen müssen, denn die Fälle, in denen der Schuldner das zu liquidierende Vermögen so begrenzen kann, daß noch etwas für eine Fortführung bleibt, sind selten. Auch wird man sich in diesem Fall anderer Vergleichsformen bedienen. Als Ausnahme soll gelten, wenn der Schuldner nach seinem, in dem Vergleichsantrag erklärten Willen die Fortführung erreichen will. Es kann nicht richtig sein, daß man ihn zwingt, eine bestimmte Vergleichsform zu wählen, solange nicht das Gesetz für ein bestimmtes, angestrebtes Ergebnis eine Form vorschreibt. Die Frage ist nur, ob sich nicht dann ein Schuldner ungerechtfertigt der Vorteile des § 9 für den Fall des Liquidationsvergleichs bedient, wiewohl er Fortführung beabsichtigt und vielleicht auch erreicht. Der gesetzgeberische Grund des § 9 III ist dahin zu verstehen, daß nach der Überlassung des Vermögens an den Treuhänder der Schuldner nicht mehr für dessen Verwertung und die daraus zu zahlende Quote in der scharfen Form des § 9 I verantwortlich gemacht werden kann. Daß die Liquidation als solche nicht die ratio für die bevorzugte Regelung dieses Falles ist, ergibt auch nicht der Fall der sog. Verwaltungstreuhand, der durchaus auch als "Überlassen eines Vermögensteiles an die Gläubiger zur Verwertung" aufgefaßt werden kann, denn das Gesetz schreibt nicht vor, worin eine Verwertung bestehen soll. Diese Erwägung zwingt also auch nicht dazu, sich restlos dem Standpunkt von Bley anzuschließen, zumal man behaupten kann, daß das Gesetz in § 7 IV gleichzeitig eine Form - also nicht nur mit Rücksicht auf das angestrebte Ergebnis - schaffen wollte, bei der der Schuldner zum Teil der Verantwortung für die Durchführung des Vergleichs enthoben ist, wie es ihm auf der anderen Seite das gesetzliche Mittel für einen Privatkonkurs an die Hand gab. Die oben gemachte Einschränkung muß daher aufrecht erhalten werden. Grundsätzlich geht aber die Prüfung in diesem Fall nur dahin, ob der Schuldner, was die Quote angeht, die Liquidationsmasse gründlich ausgeschöpft hat; dies können die Gläubiger auch verlangen.

(325) vgl. KG, KuT 32, 146; Hinfälligkeit eines Liquidationsvergleiches, weil die damit bezweckte Sanierung gescheitert sei.

VIII. DIE VgLO ALS SANIERUNGSGESETZ: STANDORT DES LIQUIDATIONSVERGLEICHS

Diese Untersuchung ermöglicht es, den Liquidationsvergleich seinem Standort nach in etwa festzulegen, nämlich als Randerscheinung oder, wie Emmerich (326) sagt, als Grenzfall der Sanierung mit Merkmalen, die ihn in die Nähe des Konkurses rücken lassen. Er hat als Ergebnis die Möglichkeit einer von alten Schulden nicht mehr belasteten Existenz des Schuldners, aber auch die Chance einer weiteren wirtschaftlichen Betätigung. In das Sanierungsschema der VgLO paßt er aber nicht. Denn für eine solche Sanierung ist wesentlich, daß die Kontinuität des Unternehmens gewahrt bleibt, was freilich, wie das Beispiel des Beteiligungsvergleichs zeigt, nicht nur als rechtliche Kontinuität verstanden werden darf. Erforderlich ist vielmehr, daß der gesamte, materielle und immaterielle, Bestand an Rechten, Gütern und Interessen, der das Unternehmen ausmacht, in seinem wesentlichen Teil wirtschaftlich fortbesteht. Hierzu sollte man allerdings grundsätzlich fordern, daß die Art der von dem bisherigen Unternehmen verfolgten Tätigkeit sich nicht nachhaltig ändert. Es ist aber höchst zweifelhaft, ob dies in einem Fall anzunehmen ist, in welchem das ganze Vermögen der Gesamthandsgemeinschaft der Liquidation überantwortet worden war, so daß von der Gesellschaft selbst nur noch der "Mantel" da ist. Geht man aber von dem aus, was oben unter VI B 3 (S. 52 ff) über das Fortbestehen der Gesellschaft gesagt wurde, so ist ohnedies grundsätzlich die Vollbeendigung anzunehmen. Läßt sich jedoch ein solcher Gesellschafterbeschluß aus dem Vergleichsvorschlag nicht entnehmen, so ist die rechtliche Kontinuität gewahrt. Hinsichtlich der wirtschaftlichen kann man auf der einen Seite sagen, daß sich z. B. die Struktur und die Ziele der Gesellschaft nicht geändert hätten. Hiervon wird auch grundsätzlich auszugehen sein, obwohl die Gesellschafter vor einem gänzlichen Neuanfang stehen. Schon dies zeigt, daß das Fortbestehen des "Gesellschaftsmantels" nicht genügt, um die Annahme einer Sanierung zu rechtfertigen. Somit besteht der Sanierungseffekt eines Liquidationsvergleichs hinsichtlich einer OHG oder KG vorwiegend darin, die Gesellschafter nicht ad infinitum für alte Schulden haften zu lassen oder, falls die Gesellschaft "als solche" noch da ist, zu vermeiden, daß ein eventueller Neubeginn von alten Lasten allzusehr beeinträchtigt wird. Der Liquidationsvergleich ist also nur in den seltensten Fällen nur eine Vergleichsform oder gar ein Mittel zur Sanierung.

(326) S. 5; vgl. auch S. 136, wo Emmerich die Sanierungsansätze im Liquidationsvergleich betont.

IX. DER LIQUIDATIONSVERGLEICH UND DIE AUSLEGUNG DES § 109 Nr.3 VglO NACH GELTENDEM RECHT

Aus der vorangegangenen Darstellung kann man den Schluß ziehen, daß der in der Präambel zur VglO von 1927 proklamierte Gesetzeszweck auch in den einzelnen Vorschriften der VglO verwirklicht ist. Hieran zweifelt die h. M. auch nicht (327). Bley (328) wählt allerdings eine etwas vieldeutige Formulierung - "Funktion des Vergleichs ist unbestreitbar die Gestaltung der Ansprüche der betroffenen Gläubiger in Anpassung an die Leistungsfähigkeit des Schuldners" -, mit der offenbar zu der hier interessierenden Frage nicht allzuviel gesagt werden sollte (329); denn Funktion ist, betrachtet man eine rechtliche Einrichtung, etwas anderes als der mit dieser Einrichtung verfolgte - in diesem Fall wirtschaftliche - Zweck; die Funktion sieht man darin, wie etwas "funktioniert", in diesem Fall also die VglO, indem sie ein rechtliches Mittel zur Gestaltung der Ansprüche der Gläubiger bereithält.

Auch die neuere, zu der bisherigen Handhabung des Vergleichswesens zum Teil sehr kritisch eingestellte Literatur (330) stellt immer wieder den Sanierungsgedanken heraus (331), wenn man auch die sog. "gesamtwirtschaftlichen Gründe" etwas mehr im Hintergrund sehen möchte (332).

Das Gleiche sagt die h. M. (333) von dem § 109 Nr.3, wobei man das nähere Motiv, das hier gleichzeitig Gesetzeszweck sein soll, dahin beschreibt, "daß nur so die in der Gesellschaft verbliebenen (sc.: persönlich haftenden) Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen könnten". Dieser Gesetzeszweck treffe um so mehr zu, "als dies ... auch mit dem Grundgedanken des Vergleichsrechts im Einklang stehe" (334); man vergleiche nur das, was

(327) Hahn, S.231, 242, 276, 281, 381-384 / Böhle-Stamschräder, Einltg. IV / Kiesow, Anm.5 vor § 28 / Künne, Anm.5 zu § 3 AVglO / Samolewitz, Begr. vor § 15 / Jaeger-Lent, Einl. 8 (S. XLVII-XLVIII) / Machek, S.11 / Merkel, a.a.O., S.294-295.

(328) Anm.1 zu § 1 VglO a.F. / anders DJZ 35,392.

(329) vgl. Cahn, a.a.O.: Zweck des Vergl.verf. sei, die Verhältnisse zu bereinigen und einen Ruhezustand zu schaffen.

(330) Berges, a.a.O., etwas einschränkend Mohrbutter, a.a.O.

(331) Künne, Anm.3 zu § 1 AVglO.

(332) anders noch Lucas, S.4,7.

(333) Weipert, Anm.24 zu § 131 / Petersen-Kleinfeller, Anm.3 zu §§ 189-201 KO a.F. / RGZ 142, S.206 / RG, HRR 33 Nr.694.

(334) Kiesow, Anm.14 zu § 89 / Samolewitz, Anm.5 zu § 89 / Freyher, S.90.

Bley (335) zu dem "Rechtsordnungszweck der VglO" sagt, wie dieser sich in § 18 Nr.4 niedergeschlagen habe.

Auf der anderen Seite steht die bereits oben zitierte Entscheidung des RG (336), die den Zweck des § 109 Nr.3 dahin erweitert, daß außerdem eine schuldenfreie Fortexistenz der persönlich haftenden Gesellschafter hierdurch gesichert werden solle. Nun hatte das RG zwar bei dieser Entscheidung nicht die Diskrepanz zwischen § 7 IV und § 109 Nr.3 vor Augen. Doch es ist zu fragen, ob dieser Gedanke dem § 109 Nr.3 nicht mehr entspricht als die allgemeine Meinung hierzu, die ohnehin meist nur in Bausch und Bogen kundgetan wird.

A. Damit entsteht das Problem der Gesetzesauslegung. Was ist hier richtig, Ausdehnung oder Restriktion?

Der Sanierungsbegriff ist, besonders auf dem Gebiete des Steuerrechts, rechtlich relevant geworden (337), wobei der RFH sichtlich eine teleologische Auslegung verfolgt hat. Da es aber im Zivilrecht um andere Begriffe und Institutionen geht als im Steuerrecht, können die Konsequenzen, die der RFH gezogen hat, nicht als Beweis für die eine oder die andere Auffassung herangezogen werden. Die Zivilgerichte vertreten (337) einen Sanierungsbegriff, wie man ihn auch allgemein auffaßt.

B. 1. Für die Auslegung des § 109 Nr.3 und für sein Verhältnis zu § 7 IV ist folgendes von besonderer Bedeutung:

Es existierte in der VglO a.F. ein § 89 Ziff.1. Diese Ziffer besagte, über das Vermögen einer in Liquidation befindlichen OHG oder KG könne ein Vergleichsverfahren nicht eröffnet werden. Diese Vorschrift, der der § 88 Nr.1 a.F. entsprach, ist zusammen mit diesem bei der Neufassung der VglO weggefallen. Der damalige § 89 Nr.1 war damit motiviert worden: es würde dem Ausgangspunkt, die wirtschaftliche Existenz eines in Schwierigkeiten geratenen Schuldners zu sichern, widersprechen, das Vergleichsverfahren auch für Rechtspersonlichkeiten zuzulassen, die ohnehin erlöschen sollten (338). Heute nach Wegfall dieser Bestimmung sagt die amtliche Begrün-

(335) Anm.9 c zu § 18.

(336) RGZ 115, 163 ff.

(337) oben IV B.

(338) Lucas, Zitat der amtl. Begr. zu den §§ 88, 89, S.195, 196 / Kiewow, Anm.3 zu § 88 / Anm.3 zu § 89 / Samolewitz, Anm.2 zu § 88 / Anm.1 zu § 89.

dung (339), "die Notwendigkeit, die Liquidation des Vermögens einer aufgelösten juristischen Person unter allen Umständen im Konkurs durchzuführen, wenn sich während der Liquidation ein Konkursgrund ergibt, entspricht nicht immer dem Interesse der Gläubiger". Dies bestätigt, daß die Ansicht über das Wesen des Vergleichsrechts sich inzwischen gewandelt hat; zwar steht der Gedanke der Sanierung nach wie vor im Vordergrund, denn er legitimiert das Vorhandensein eines konkursabwendenden Zwangsvergleichs in erster Linie. Jedoch die Idee, daß über die durch einen Vergleich zu regelnden Beziehungen zwischen Schuldner und Gläubiger hinaus das Anliegen der "Gesamtwirtschaft" die Sanierung fordert, tritt zurück, denn diese Belange lassen sich im konkreten Fall entweder nur schwer erfassen oder finden sich in Verhältnissen und Umständen wieder, die ohnehin von den Auswirkungen des Vermögensverfalls des Schuldners unmittelbar erfaßt werden. Deshalb tritt der Gedanke des Gläubigerschutzes - unter gebührender Rücksicht auf den Schuldner - in den Vordergrund. Hier liegt ein Motiv dafür, daß man die Liquidationssituation in den konkursabwendenden Zwangsvergleich mit einbezogen hat (340).

Wollte auch der Gesetzgeber mit dieser Änderung den schon immer und grundsätzlich geltenden Rechtsordnungszweck der VglO nicht verneinen oder abändern, und hat er dies auch nicht getan, so fällt hierdurch doch ein neues Licht auf die ratio des § 109 Nr.3, denn diese Vorschrift gilt dem Wegfall der alten Ziffer 1 von Gesetzes wegen auch bei dem Vergleich über das Vermögen einer aufgelösten Gesellschaft; dies ist aber in der Regel ein Liquidationsvergleich (341). Dies würde den Ausspruch des RG bestätigen.

2. Es gilt auch noch folgendes zu überlegen:

Emmerich (342) hat in seinem Buch zur rechtlichen Bedeutung des Sanierungsbegriffes gesagt, es sei ein unmittelbar eingreifender Rechtsbegriff, was sich darin äußere, daß man z.B. den Satz aufstellen könne, "die Sanierung ist geeignet, als Grundlage einzelner Rechtsgeschäfte zu dienen und ihre rechtliche Anerkennung herbeizuführen". Das ist richtig, z.B. nimmt das Sanierungs-

(339) Bley, Anm.2b zu § 108 / Vogels-Nölte, II zu § 108 / I, II 2 zu § 109 / Böhle-Stamschräder, Anm.1 zu § 108 / Anm.2 zu § 109 / Weipert, Anm.12, 23 zu § 131 HGB / Flechtheim, Anm.12 zu § 144 HGB/RGZ154, 7

(340) Dies begründen Jaeger-Lent, Einleitung 8 (S. XLVII-XLVIII) auch damit, "zumindest sei durch Verlangsamung der Liquidation eine wirtschaftliche, ins Gewicht fallende Verbesserung des Erlöses zu erwarten".

(341) Bley, Anm.2b zu § 108.

(342) S. 6, 8, 120.

ziel gewissen treuhänderischen Übereignungen das Odium der Anfechtbarkeit. Auch ist die Kreditierung eines notleidenden Unternehmens durch eine Bank bei nachfolgendem Konkurs nicht als z. B. nach § 138 BGB nichtig angesehen worden, sondern für rechtsbeständig befunden worden (343). Mit anderen Worten, das Ziel der Sanierung gibt dem damit befaßten Rechtsgeschäft einen besonderen rechtlichen Charakter, es ist nicht mehr wertfrei, auch nicht "wertlos". Aber diese rechtsbildende Kraft des Sanierungsbegriffs setzt gerade voraus, daß das Ziel der Sanierung in dem betreffenden Rechtsgeschäft oder der Norm beherrschend und zielgebend zum Ausdruck gekommen ist. Hier gilt es aber, festzustellen, ob der Sanierungszweck der VgLO als solcher sich gegenüber einzelnen positiv geregelten Tatbeständen durchzusetzen vermag, deren Sanierungscharakter mehr als zweifelhaft ist. In unserem Falle wäre also eine Beweisführung allein über die rechtsbildende Kraft des Sanierungsbegriffs eine *petitio principii*.

- C. 1. Was sind nun die Voraussetzungen für ein korrigierendes, insbesondere für ein restriktives Eingreifen des Richters? Enneccerus-Nipperdey führen hierzu aus (344):

"Sofern eine Vorschrift Fälle umfaßt oder Folgen herbeiführt, die vom Gesetzgeber nicht erkannt oder bedacht sind, und, wenn er sie erkannt oder bedacht hätte, vernünftigerweise nicht in dieser Weise geordnet sein würden, sind wir berechtigt, das Gesetz nach dessen eigenen Grundgedanken und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und Erfahrungen des Lebens fortzuentwickeln, wenn nicht das Erfordernis der Rechtssicherheit (das Stabilitätsinteresse) entscheidend dagegen spricht."

Dies soll allerdings, und zwar mit Recht, nicht für den Fall vom Gesetzgeber erkannter und gewollter Wirkungen gelten. Gerade dieser Gesichtspunkt könnte aber hier eingreifen. Denn einmal ist es eines der Hauptmerkmale der VgLO von 1935, den Liquidationsvergleich gesetzlich geregelt zu haben, und zwar nicht nur seiner Form nach, sondern auch nach seinen Wirkungen. Dadurch, daß man auch bei diesem Vergleich eine Mindestquote von 35% fordert, ist eine Gleichstellung mit den übrigen Vergleichsformen eingetreten. Die Regelung des § 9 sowie derjenigen Vorschriften, die sich mit dem

(343) BGH, JZ 53, 664.

(344) S. 213, 214 / so auch BGHZ 13, 360 ff (367) / Walter Dunz, a. a. O. / vgl. auch BGHZ 2, 187 dafür, welche Voraussetzungen für die Verwirklichung eines Grundgedankens in einem Gesetz aufgestellt werden.

Nachverfahren und der Vergleichsüberwachung befassen, geben dem Liquidationsvergleich eine bevorzugte Stellung. Aber nicht nur das. Bley hat ausgeführt (345), der Wegfall jener Bestimmung, wonach die Eröffnung eines Vergleichsverfahrens über das Vermögen einer bereits aufgelösten Gesellschaft unzulässig war, sei die gegebene Konsequenz aus der gesetzlichen Anerkennung des Liquidationsvergleichs. Dies zeigt nicht nur, daß der Gesetzgeber die im Falle eines Vergleichs nach § 7 IV mißlich erscheinende Folge kannte, sondern auch, daß er sie bewußt beibehielt. Denn nichts hätte näher gelegen, als diesen Fall eines Privatkonkurses wenigstens bei Vergleichen über das Vermögen einer OHG oder KG nicht so zu gestalten, daß die offenen Teilhaber nur beschränkt weiterhaften, wiewohl das von ihnen geführte Unternehmen nicht nur nicht saniert wird, sondern sogar mit Ende der Liquidation oder schon mit der Übertragung der Liquidationsmasse eine Vollbeendigung der Gesellschaft eingetreten ist.

2. Aber auch folgendes gibt zu denken:

Engisch (346) hat auf verschiedene Ursachen hingewiesen, die die Meinung hervorrufen, ein Gesetz sei lückenhaft oder widersprüchlich und bedürfe daher richterlicher Ergänzung. Zu den Gründen, die eine solche Annahme rechtfertigen, gehört der sog. gesetzestechnische Widerspruch, d.h., eine uneinheitliche Terminologie (347). Es ist kein Grund dafür ersichtlich, ein solcher Fall sei hier anzunehmen, denn die Terminologie der VglO unterscheidet nicht zwischen Sanierungs- und Liquidationsvergleichen. Mit der Kategorie der sog. Wertungswidersprüche (348) - d.h. ein Widerspruch zwischen verschiedenen Normen dadurch, daß der Gesetzgeber einer einmal vollzogenen (will sagen: durch gesetzliche Vorschriften existent gewordenen) Wertung untreu wird - kommt man dem gegenwärtigen Fall näher. Nur hat, dies sei vorweg gesagt, das RG (349) einen solchen Widerspruch - mit Recht - als für die Rechtsanwendung unbeachtlich erklärt, wenn nämlich der Widerspruch auf dem Gesetz beruht. In dem hier zu beurteilenden Fall kommt die Besonderheit hinzu, daß der Gesetzgeber die eigentliche ratio des § 109 Nr.3 zwar verwässert hat, denn Ansatzpunkt ist immer die Gesellschaft selbst, die den rechtlichen "Man-

(345) vgl. Note (341) auf S.70.

(346) Kapitel VII, Abschnitt II.

(347) Engisch, S.157.

(348) Engisch, S.160.

(349) RGSt.68,410: "Dieser Widerspruch, der auf dem Gesetz beruht, kann nicht durch die Rechtsprechung beseitigt werden." / Engisch, S.161.

tel" für das Unternehmen der Gesellschafter abgibt, um dessen Sanierung oder Liquidation es geht. Es ist aber die Frage, ob nicht durch die ausdrückliche, gesetzliche Sanktion des Liquidationsvergleichs für diesen Fall die "General-
linie" des Gesetzes bewußt verlassen wurde. Das muß und kann aber nach allem bisher Gesagten bejaht werden. Wie weit diese Regelung wünschenswert und - wirtschaftlich - richtig ist, indem sie den Gesellschaftern eine ihnen nicht zustehende Belohnung vermittelt, das hat hier dahinzustehen. Der Richter kann nicht korrigierend das herbeiführen, was der Gesetzgeber bewußt nicht getan hat, nämlich daß in der gesamten VglO ein einheitliches Motiv obwalte, daß wenigstens der mit dem § 89 Nr.4 a.F. gemeinte Fall allein zur Geltung komme. Mit der VglO von 1935 sind aber die unter § 109 Nr.3 fallenden Vorgänge erweitert worden (350). Es geht nicht mehr um die Frage vom Gesetzgeber nicht erkannter oder nicht bedachter Folgen.

3. Die VglO ist im vorhergegangenen objektiv auf die in ihr liegende, nämlich in den einzelnen Vorschriften manifest gewordene ratio untersucht worden, als auch von der subjektiven Seite, nämlich von den Motiven des Gesetzgebers, wie sie z. B. in der amtlichen Begründung zur VglO von 1927 zum Ausdruck gekommen sind. Gleichviel, welcher Auslegungstheorie man immer huldigt, das heute vor uns liegende Gesetz zeigt nicht nur, daß sich der mit der VglO verfolgte Zweck, wirtschaftlichen Gründen folgend, in Einzelfällen gewandelt hat. Das Gleiche ergibt sich aber auch für den Willen des Gesetzgebers, der nicht nur die §§ 7 IV, § III, IV, 95 S.3, 96 IV 2 geschaffen, sondern auch durch die Abschaffung des § 89 Nr.1 a.F. gezeigt hat, daß die durch diese neuen Vorschriften herbeigeführte Änderung mit allen ihren Konsequenzen auch "subjektiv" beabsichtigt war (351). Da ein Gesetz als das Produkt eines Gesamtwillens aufzufassen ist (352), so ist es auch nach dem aus § 133 BGB zu entnehmenden Rechtsgedanken auszu-
legen (353). Aber auch hiernach ergibt sich nichts anderes als das, was hier als Ergebnis festzuhalten ist,

daß nämlich die Diskrepanz der den Gesellschaftern günstigen Regel des § 109 Nr.3 zu ihren Auswirkungen im Fall eines Liquidationsvergleichs, die dem ursprünglichen Sinn der Vorschrift zuwiderläuft, vom Gesetzgeber -

(350) vgl. auch das Zitat bei Enneccerus-Nipperdey, S.205: "Lege non distinguente non nostrum est distinguere."

(351) vgl. RGZ 150, 166-167 / BVerfGE 1, 299 ff (S.312).

(352) Enneccerus-Nipperdey, S.201.

(353) Enneccerus-Nipperdey, S.199.

wenn auch vielleicht nicht unmittelbar beabsichtigt -, so doch bedacht und hingenommen wurde (354), daß somit ein Grund zu richterlichem Eingreifen nach der oben auf S.71 mitgeteilten Formel nicht gegeben ist, der offene Teilhaber also ohne eine Gesetzesänderung bei Sanierungs- und bei Liquidationsvergleichen in derselben Weise haftet.

X. LIQUIDATIONSVERGLEICH UND LEGISLATORISCHE ÄNDERUNG DES § 109 Nr.3 VglO

Es bleibt somit die Frage nach einer Änderung de lege ferenda. Der Grund dafür, daß sie überhaupt gestellt wird, liegt nach wie vor in der "eigentlichen" ratio des § 109 Nr.3, nämlich, daß der offene Teilhaber auch nach einem Vergleichsverfahren für die Gesellschaft voll verantwortlich ist und mit seinem gesamten Vermögen für sie einzustehen hat. Andernfalls soll er sich - so kann man argumentieren - mit dem begnügen, was das Gesetz jedem Schuldner gewährt: mit dem z.B. durch die Pfändungsfreigrenzen, die Bestimmungen des § 811 ZPO etc. festgelegten Existenzminimum.

A. Wo aber soll der Gesetzgeber bei einer Neufassung des § 109 Nr.3 die Grenze zwischen dem darunterfallenden und dem davon nicht erfaßten Sachverhalt ziehen?

Es bietet sich zunächst eine schematische Abgrenzung an. Das Kriterium für den Gesetzgeber ist dies: verfehlt die gegenwärtige Regelung die ratio des § 109 Nr.3? Da es Liquidationsvergleiche gibt, die dies nur der Form nach sind und die Möglichkeit einer Sanierung offen lassen, so rechtfertigt sich die Vergünstigung des § 109 Nr.3 dann nicht mehr, wenn das Sanierungsziel nach dem Inhalt des jeweiligen Vergleichs verneint wird. Dann greift der Gedanke einer Weiterführung des Unternehmens und auch der weiteren Verantwortlichkeit der persönlich haftenden Gesellschafter hierfür nicht mehr ein. Der § 109 Nr.3 umfaßt also noch alle die Liquidationsvergleiche, bei denen nur ein Teil des Vermögens des Schuldners, also des Gesellschaftsvermögens, den Gläubigern zur Verwertung überlassen wird. Begreift man das gesamte Gesellschaftsvermögen als 100%, so erfordert eine schematische Ab-

(354) Jaeger, Anm.3 zu § 174 KO: "Auch Liquidierung, nicht nur Sanierung, liegt im Zweckbereich des Zwangsvergleichs," Vgl. Enneccerus-Nipperdey, S.209, 214-215: eine Lücke liegt, wie sich hieraus ergibt, nicht vor.

grenzung, daß die Haftungsbeschränkung zugunsten der offenen Teilhaber auch dann noch gilt, wenn nur 0,01% des Vermögens den Gläubigern nicht zur Verwertung überlassen werden. Dies zeigt die Ungerechtigkeit und Unwirklichkeit einer solchen Abgrenzung. Eine Lösung ergäbe sich vielleicht, wenn man den § 18 Nr.4 einbezieht. Ein "totaler" Liquidationsvergleich ist nicht nach dieser Vorschrift zu prüfen. Sieht ein Liquidationsvergleichsvorschlag nur die teilweise Verwertung des Vermögens des Schuldner vor, so wird in der Mehrzahl dieser Fälle die nach § 18 Nr.4 anzustellende Prüfung ergeben, daß ein Fortbestehen des Unternehmens offenbar nicht zu erwarten ist; dann soll aber auch § 109 Nr.3 in einem solchen Falle nicht zugunsten der persönlich haftenden Gesellschafter dieses Unternehmens eingreifen.

Dem begegnen aber nicht nur Schwierigkeiten in der Formulierung des Gesetzes, sondern es steht vor allem entgegen, daß § 131 HGB den Liquidationsvergleich als Auflösungsgrund nicht kennt. Will man diesen Fall in die Auflösungsgründe der genannten Vorschrift einführen, so muß eine einfache und prägnante Formel gefunden werden. Ein mit der Frage, ob eine OHG durch Eröffnung eines Vergleichsverfahrens mit dem Ziele eines Liquidationsvergleichs aufgelöst sei, befaßter Richter kann nicht auch noch die dem Vergleichsrichter obliegende Prüfung nach § 18 Nr.4 leisten, wobei man auch nicht darauf verweisen kann, es sei ja gemäß § 148 ZPO die Aussetzung wegen Voreingrifflichkeit möglich, da - zumal eine ausdrückliche Entscheidung insoweit nicht gefällt wird - eine gegenseitige Bindung nicht besteht. Es bleibt daher grundsätzlich nur das zuerst genannte Kriterium, das auch durch die Einschränkung akzeptabler wird, daß bei einer Liquidation eines Teiles des Gesellschaftsvermögens diese als eine Gesamtliquidation anzusehen ist, wenn nur unerhebliche Vermögensteile nicht mitverwertet werden sollen.

§ 109 Nr.3 würde also lauten:

"Der Vergleich begrenzt, soweit er nichts anderes festsetzt, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter. Dies gilt nicht, wenn ein Vergleich gemäß § 7 IV geschlossen und bestätigt worden ist, der das gesamte Gesellschaftsvermögen oder den wesentlichen Teil des Gesellschaftsvermögens umfaßt."

§ 131 HGB müßte lauten:

"Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst:

...

4. durch die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft, wenn die Gesellschafter einen Vergleich gemäß § 7 IV VglO vorschlagen, der das gesamte Gesellschaftsvermögen oder dessen überwiegenden, wesentlichen Teil umfaßt."

Schon die Frage der Formulierung zeigt also, welchen Schwierigkeiten eine Gesetzesänderung in diesem Fall begegnet.

Ein weiteres Bedenken ergibt sich aus § 144 I HGB. Die mit dieser Vorschrift erfaßte Lage gleicht derjenigen, die nach einem Liquidationsvergleich besteht. Die dort genannten Gründe für eine Fortsetzung der Gesellschaft müßten - die oben formulierte Gesetzesänderung vorausgesetzt - auch bei einem Liquidationsvergleich gelten, wobei auf den sonstigen Streit über den Geltungsbereich des § 144 I HGB nicht eingegangen werden soll. Denn aus der Fassung des § 144 I HGB selbst geht hervor, daß der in dem betreffenden Konkursverfahren abgeschlossene Zwangsvergleich auch ein Liquidationsvergleich sein kann, da dieser Fall nicht ausgeschlossen ist und im Rahmen eines konkursbeendenden Zwangsvergleichs sicher nicht selten vorkommt. Hieraus folgt, daß, will man § 144 I HGB nicht abschaffen (!), der Grundgedanke des § 109 Nr.3 auch mit der Änderung der §§ 109 Nr.3 VglO, 131 HGB sich nicht ausnahmslos und konsequent durchzusetzen vermag. Denn man müßte gegen die in § 144 HGB sich ausdrückende Wertung des Gesetzgebers angehen, die dahin geht: Ist keine Vollbeendigung eingetreten, so soll jedliche Liquidationssituation und Auflösung die Gesellschafter nicht daran hindern, trotzdem das Unternehmen fortzusetzen. Bleibt somit den Gesellschaftern die Möglichkeit der Rückverwandlung in ein werbendes Unternehmen trotz aller Vorbehalte und Klauseln in der oben angedeuteten Änderung des Gesetzes, dann ist die dort gefällte Entscheidung nicht richtig, da sie gerade davon ausgeht, die persönlich haftenden Gesellschafter könnten auf keinen Fall mehr als verantwortlich für ihr in Vermögensverfall geratenes Unternehmen über das Vergleichsverfahren hinaus angesehen werden. Gegen § 144 HGB ist nicht zu opponieren, denn er enthält eine auf den Bedürfnissen der Praxis beruhende Entscheidung, deren Richtigkeit sich insbesondere darin zeigt, daß man zum Teil bemüht ist, den Geltungsbereich der Vorschrift auszudehnen.

Liegt auch hierin ein gewichtiger Grund gegen eine Änderung *de lege ferenda*, so gibt auch folgendes zu Bedenken Anlaß:

- B. Neuerdings treten in der Literatur zur VglO die Interessen der Gläubiger an der Bereinigung des betreffenden Insolvenzfalles in den Vordergrund - worauf bereits weiter oben hingewiesen wurde -, wenn auch durchaus die Sanierung des Schuldners das vornehmste Ziel der VglO bleibt (355). Ein anderes Moment, das hiermit Hand in Hand geht und in der VglO von 1927 z.B. im

(355) vgl. Note (340) auf S.70.

Vorverfahren besonders ausgeprägt war - Erfordernis der vorherigen Zustimmung eines bestimmten Teiles der Gläubiger zu dem eingereichten Vergleichsvorschlag (356) -, ist das der sog. Gläubigerautonomie; will sagen: der selbstverantwortlichen Abwicklung eines solchen Insolvenzfalles im Rahmen der durch die VglO verfahrensmäßig gezogenen Grenzen (357). Welche Gesichtspunkt auch immer dazu geführt haben, einem Vergleichsverfahren die beiden Schranken des Eröffnungs- und Bestätigungsbeschlusses zu geben, fest steht, daß der entscheidende Akt der Vergleichsabschluß, der Vertrag (358) der Gläubiger mit dem Schuldner ist. Wenn sich das Gesetz dieses Vertrags auch in der Form angenommen hat, daß es bestimmte Stimmverhältnisse für sein Zustandekommen genügen läßt und nicht den allseitigen Konsens fordert, so hat es damit nur einer notwendigen Entwicklung Recht verschafft und die autonome Entscheidung der Gläubiger nach einem verbreiteten und erprobten Prinzip in bestimmte Formen gekleidet.

Die Selbstverantwortung der Gläubiger, die Tatsache, daß sie - Möglichkeit der Vorschlagsänderung - mit dem Schuldner auch verhandeln, ist eines der wesentlichen Merkmale eines Vergleichsverfahrens im Gegensatz zu einem Konkursverfahren, das, außer wieder im Zwangsvergleich, ein solches Arrangement nicht kennt. Das Arrangement, gleichviel, ob es zu einer echten Sanierung führt oder nicht, ist nicht nur als ein - wenn auch notwendiger Verfahrensmodus zu bezeichnen, sondern geradezu als ein Ziel des Vergleichsverfahrens. Denn darin liegt auch ein Teil des gegenseitigen Nachgebens, wenn die Gläubiger durch den Eröffnungsbeschluß in die Lage versetzt werden, die überhaupt erst ein Arrangement möglich macht. Man sollte daher nicht nur, wie das RG bei § 109 Nr.3 als einer einzelnen Manifestation des Grundgedankens der VglO tat, dort die ratio legis modifizieren, sondern dies auch darin tun, was Zweck und Ziel der VglO überhaupt angeht. Und zwar: Akkord mit den Gläubigern, dessen vornehmstes Ziel die Sanierung ist. Auch die in § 144 HGB genannten Fälle sprechen für diese Auffassung.

(356) welche Regelung im Vorverfahren nun dem Übergewicht des Gerichts gewichen ist, vgl. Levy, KuT 35,41.

(357) vgl. hierzu Kiesow, Einleitung, S. XXIX.

(358) als welchen die h. M. den Zwangsvergleich bezeichnet: Kiesow, Anm. 1-10 vor § 5 / Samolewitz, Anm. 1 zu § 5 / Vogels-Nölte, II 1 zu § 3 / Jaeger, Anm. 8 zu § 173 KO / Bernicken, S. 11-12 / RGZ 92, 187 / 119, 195 / 122, 363 / 125, 410 / 127, 375.

C. 1. Damit ist aber zur Frage des § 109 Nr.3 noch nichts Endgültiges gesagt. Denn es geht darum, ob die ratio legis dieser Vorschrift gegenüber der bisherigen Auffassung i. S. der Auffassung des RG als abgeändert betrachtet werden kann, sowie, ob diese andere Betrachtungsweise mit Sinn und Zweck der VglO übereinstimmt. In diesem Punkt setzt der Gedanke des Arrangements ein. Hier ist es Sache der Gläubiger - wie es auch vielfach geschieht -, die offenen Teilhaber in stärkerem Maße zur Befriedigung der Gläubigerinteressen und -ansprüche auch im Rahmen eines Vergleichsverfahrens nur über das Vermögen der Gesellschaft heranzuziehen. Denn genauso, wie die künftige Verantwortung für das Schicksal der zu sanierenden Gesellschaft der ausschlaggebende Grund für die Schaffung des § 109 Nr.3 war, genauso haben die Gläubiger es in der Hand, die offenen Teilhaber nachhaltig an ihre frühere Verantwortung für die in Vermögensverfall geratene Gesellschaft zu erinnern, wenn eine Sanierung im Vergleichsverfahren nicht zur Debatte steht, sondern eine Liquidation. Sie können überhaupt durch ihre Bedingungen den Vergleich weitgehend selbst gestalten. Man kann also zu der in dieser Arbeit gestellten Frage folgenden Standpunkt einnehmen:

Eine komplizierte Neuregelung ist entbehrlich. Die Gläubiger haben es in jedem Fall in der Hand, der ratio legis des § 109 Nr.3 im Einzelfall zum Tragen zu verhelfen. Sie können aber auch verhindern, daß § 109 Nr.3 in einem Fall eingreift, wo es nicht gerechtfertigt erscheint. Es können Gesichtspunkte, wie sie das RG für den Grundgedanken des § 109 Nr.3 herangezogen hat, diese Vorschrift nie ganz befriedigend erklären, wenn auch die Liquidationssituation in den Zwangsvergleich mit einbezogen ist, und es ist Sache der Gläubiger, dies zu verhindern. Denn das Vergleichsverfahren, das sich von Gesetzes wegen nur mit dem Vermögen juristischer Einheiten befaßt, betrifft in Wahrheit immer nur die wirtschaftliche Einheit eines Unternehmens. Aber auch die Tatsache, daß der Liquidationsvergleich, dieser Grenzfall der Sanierung, für bestimmte Fälle im Vergleichsverfahren die befriedigendere Lösung bildet und der oben erörterte Sinn und Zweck des § 144 I HGB sprechen dafür, den jetzt bestehenden Zustand beizubehalten. Schließlich liegt auch, wie bereits betont, unbestreitbar ein wesentliches Merkmal des Vergleichs in der Selbstverantwortung, der Autonomie der Gläubiger.

2. Das Ergebnis ist also, daß es wohlerwogener sei, den § 109 Nr.3 nicht abzuändern, wiewohl zwischen dieser Vorschrift, d.h. ihrem ursprünglichen Grundgedanken und demjenigen eines Vergleichs nach § 7 IV eine gewisse Diskrepanz besteht. Abgesehen davon, daß der Gesetzgeber auch anderen Orts diese Situation hingenommen hat - vgl. § 144 I HGB -, liegt ein Aus-

gleich darin, daß in dem Verfahren nach der VglO das Prinzip der Gläubigerautonomie in der oben beschriebenen Weise besteht.

Gerechtigkeit ist nicht nur eine Sache der Zuteilung materieller Rechte bis ins letzte. Sie liegt auch in der Gewährung gewisser Positionen, von wo aus wir gehalten und in der Lage sind, unser Recht, d.h. das von der Gemeinschaft anerkannte Interesse zu verfechten. Der oben beschriebene gesetzgeberische Aufwand für eine Änderung des § 109 Nr.3 lohnt nicht in diesem Falle. Den Ausgleich bei der Haftung persönlich haftender Gesellschafter aus Sanierungs- und Liquidationsvergleichen über das Gesellschaftsvermögen zu finden, ist, abgesehen von der grundsätzlichen Bestimmung des § 109 Nr.3, nicht Sache des Gesetzes. Er ist in dem für die Sanierung ebenfalls wesentlichen Prinzip der Selbstverantwortung der Gläubiger schon enthalten.

LEBENS LAUF

Am 20. Februar 1931 wurde ich als ältester Sohn des Rechtsanwalts Dr. Ludwig Jacob in Mainz geboren.

Die Volksschule besuchte ich von 1937 bis 1941. Im Jahre 1941 trat ich in das humanistische Gymnasium in Mainz ein. Dort bestand ich die Reifeprüfung im Jahre 1950. Im Wintersemester 1950/51 bezog ich die Universität Mainz zum Studium der Rechtswissenschaften. Während der Zeit vom Wintersemester 1951/52 bis Frühjahr 1953 war ich an der Universität in Freiburg i. Br. immatrikuliert. Am 12. Juni 1954 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung.

Sodann trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar ein. Gleichzeitig war ich für 4 Semester vom Sommersemester 1954 an als wissenschaftlicher Hilfsassistent an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz tätig.

Die große juristische Staatsprüfung bestand ich am Oberlandesgericht Neustadt a. d. W. am 27. September 1958. Am 1. Oktober 1958 trat ich, zunächst als Assessor, in das Anwaltsbüro meines Vaters ein. Am 30. Dezember 1958 wurde ich als Rechtsanwalt bei dem Amts- und Landgericht Mainz zugelassen. Seit 1. Juli 1961 bin ich mit meinem Vater assoziiert.

Meine mündliche Promotionsprüfung war am 27. Februar 1961.

